Die Befreiung von Gefangenen nach dem geltenden Recht und dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1927.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Löcker

aus Speyer am Rhein,

Referendar am Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 13. Februar 1931.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben

1931

31:110

Die Befreiung von Gefangenen
nach dem geltenden Recht und dem Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1927.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Max Löcker

aus Speyer am Rhein,

Referendar am Amtsgericht zu Nürnberg.

Approbiert am 13. Februar 1931.

Kallmünz

Buchdruckerei von Michael Laßleben

1931

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent: Univ.-Prof. Dr. Köhler.

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549628_0024

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung. XI

I. Teil: Das Reichsstrafgesetzbuch. 2

§ 1. Der Begriff des Gefangenen. 2

I. Der Gefangenenbegriff im Allgemeinen. 2

II. Der Gefangene im Sinne des deutschen Reichsstrafgesetzbuchs. 2

III. Die verschiedenen Arten von Gefangenen. 6

§ 2. Die Befreiung von Gefangenen durch Dritte. 15

I. Allgemeines. 15

II. Die Subjekte des § 120 RStGB. 15

III. Die Handlung des § 120. 16

IV. Vollendung; Versuch. 18

§ 3. Die Gefangenenbefreiung durch Hafthalter (§ 121, 347 RStGB.). 21

I. Vergleichende Betrachtung der §§ 121, 347 RStGB. 21

II. Die Subjekte des § 121. 22

III. Die Subjekte des § 347 RStGB. 25

IV. Die Befreiungshandlungen der §§ 121, 347. 32

§ 4. Die Selbstbefreiung der Gefangenen. 38

I. Straflosigkeit der Selbstbefreiung. 38

II. Strafbarkeit der Selbstbefreiung. 40

III. Teilnahme des Gefangenen an seiner eigenen, von einer dritten Person ins Werk gesetzten Befreiung. 41

§ 5. Verhältnis der Gefangenenbefreiung zu anderen Delikten. 46

I. Die Gefangenenmeuterei. 46

II. Widerstand nach § 113 RStGB. 47

III. Begünstigung. 48

IV. Landesverrat. 50

V. § 76 R. J. W. G. 51

II. Teil: Der Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1927. Allgemeines. 52

§ 1. Begriff des Gefangenen. 53
§ 2. Die Subjekte des Haftbruches. 56
§ 3. Die Befreiungshandlungen der §§ 156, 157. 60
§ 4. Die Selbstbefreiung des Gefangenen und die Anstiftung zu seiner eigenen Befreiung. Das Ausbrechen von Gefangenen (§ 155). 63
§ 5. Das Strafmaß des Entwurfs im Verhältnis zum Reichsstrafgesetzbuch. 67

Schlußbetrachtung. 68

Literatur-Verzeichnis.

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes, 8. Aufl., Leipzig 1922.

Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925.

Archiv für Militärrecht.

Aschrott, Die Fürsorgeerziehung Minderjähriger; Preußisches Gesetz vom 2. VII. 1900; Textausgabe mit Erläuterungen, 3. Aufl. Berlin 1917.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts, Berlin und Leipzig 1926.

Aschrott-Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, 2. Band, bes. Teil 1910.

Bäumer-Hartmann-Becker, Das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt, Berlin 1923.

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Entscheidungen in Strafsachen.

Beling, In der Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 18.

Bergholter, Die Gefangenenbefreiung, Rostock 1923.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 18. Aufl., Leipzig 1898.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, besonderer Teil, 2. Band, Leipzig 1905.

Böhmer, Meditationes in Const. Crim. Carol. 1774.

Brügger, Die Befreiung von Gefangenen nach dem deutschen Reichsstrafgesetzbuch und dem schweizerischen Vorentwurf (Juni 1903), Heidelberg 1908.

Dalitz, Die Gefangenenbefreiung im geltenden und künftigen deutschen Strafrecht, Greifswald 1924.

Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.

Denkschrift zu dem Entwurf eines deutschen Strafgesetzbuches 1919.

Deutsche Juristenzeitung.

Deutsches Polizei Archiv.

Drucksachen des Reichstags, VI. Wahlperiode 1928. 21. Ausschuß.
Ebermayer-Lobe-Rosenberg, Kommentar zum Reichsstrafgesetzbuch, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1929.
Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafrechts nebst Begründung, Berlin 1927.
Entwurf der Strafrechtskommission (1913) Berlin 1920.
Frank, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 18. Aufl., Tübingen 1930.
Freudenthal, Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Breslau 1901.
Fuhse, Militärstrafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. 6. 1926, 2. Aufl. 1926.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. Aufgestellt von Kahl, von Lilienthal, von Liszt und Goldschmidt 1911.
Geyer, In Holtzendorff's Handbuch, Band 2.
Goldschmidt, In der Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht, 8. Jahrgang.
Goltdammer, Archiv für Strafrecht und Strafprozeß, begründet von Goltdammer.
Gretener, Begünstigung und Hehlerei in historisch dogmatischer Darstellung, München 1879.
Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht, Bonn 1881—1887.
Herzog, Im Gerichtssaal, Band 34.
Herzog, In Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Band 3.
Heß, Beiträge zur Lehre von der Gefangenenbefreiung, Gießen 1904.
Hofmann, Die Gefangenenbefreiung, Darmstadt 1903.
John, In Holtzendorff's Handbuch, Band 3.
Juristische Wochenschrift.
Köhler, Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil, Leipzig 1917.
Köhler, Im Gerichtssaal, Band 61.
Kohler, Studien aus dem Strafrecht 1890.
Kohlrausch, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin und Leipzig 1927.
Kräwel v., Im Gerichtssaal, Band 34.

Kuhn, Befreiung und Entweichenlassen von Gefangenen, Würzburg 1922.

Lambach, Die Gefangenenbefreiung, Erlangen 1917.

Landsberg, Die sogenannten Kommissivdelikte durch Unterlassung im deutschen Strafrecht 1890.

v. Liszt-Schmidt, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 25. Aufl., Berlin und Leipzig 1927.

Mayer M. E., Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Heidelberg 1915.

Mayer M. E., Die Befreiung von Gefangenen, Leipzig 1906.

Meves, In Holtzendorff's Handbuch, Band 3.

Merkel, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 11. Aufl., Berlin 1927.

Oppenhoff-Delius, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 14. Aufl., Berlin 1901.

v. d. Pfordten, In der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 8. Jahrgang, Heft 19/20.

Preußisches Strafgesetzbuch vom 4. April 1851.

Roitsch, Die Gefangenenbefreiung, Leipzig 1906.

Reichsgericht, Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern des Gerichtshofes und der Rechtsanwaltschaft.

Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe 1909—1927, Mannheim, Berlin, Leipzig 1927.

Schiedermair, Jugendwohlfahrtsgesetz und Bayerisches Jugendamtsgesetz, München, Berlin, Leipzig 1926.

Schorn, In der Zeitschrift: Zentralblatt für Jugendrecht und Jugendwohlfahrt. Jahrgang 1930, Heft 3.

v. Schwarze, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 3. Aufl. 1873.

Schwartz, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar, Berlin 1914.

Stanke, Die Befreiung von Gefangenen, Breslau 1920.

Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft in Deutschland.

Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch nebst Begründung.

Bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigenkommission, Berlin 1909.

Wachenfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, München 1914.

Wagner, Die Befreiung von Gefangenen nach dem Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich und nach dem Entwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch von 1919, Würzburg 1921.

Einleitung.

Ueber die Lehre von der Gefangenenbefreiung liegen schon verschiedene wissenschaftliche Arbeiten vor. In diesen wurde zum großen Teil mit besonderer Aufmerksamkeit und Gründlichkeit die geschichtliche Entwicklung der Delikte der Gefangenenbefreiung behandelt. Vor allem die im Jahre 1904 erschienene Dissertation von Hans Hoffmann stellt eine genaue historische Schilderung dar.[1]) Aus diesem Grunde erübrigt es sich bei der Behandlung des vorliegenden Themas nochmals auf den geschichtlichen Teil einzugehen.

Dagegen gab die in Aussicht stehende Reform des deutschen Reichsstrafgesetzbuches einen willkommenen Anlaß auf die derzeitige und die im Reichstagsentwurf von 1927 vorgesehene Regelung der Materie näher einzugehen, alte und neue Bestimmungen gegenüber zu stellen und zu vergleichen, um daraus einen kurzen Überblick über den Stand und die Weiterentwicklung dieses Rechtsgebietes zu gewinnen.

Wenn der Verfasser sehr ausführlich auf das geltende Recht eingegangen ist, so geschah es deshalb, weil bis zum Inkrafttreten des neuen Strafgesetzbuches doch noch manche Zeit verstreichen wird und weil andererseits diese Betrachtungen zum Teil auch im kommenden Strafrecht noch Bedeutung haben werden.

Möge die Abhandlung vor allem dazu beitragen dem Leser ein Bild zu geben von der zukünftigen Regelung dieses Rechtsgebietes und dazu helfen eine Brücke zu schlagen von dem geltenden zu dem kommenden Strafrecht.

1. Vergl. ferner hiezu: Aug. Heß, Beiträge zur Lehre von der Gefangenenbefreiung 1904; Roitsch: Die Gefangenenbefreiung 1906; Stanke: Die Befreiung der Gefangenen 1920; Klemm, Das Delikt der Gefangenenbefreiung 1904.

I. Teil.

Das Reichsstrafgesetzbuch.

§ 1.

Der Begriff des Gefangenen.

I. Der Gefangenenbegriff im Allgemeinen.

Der Sprachgebrauch des Lebens bezeichnet als gefangen eine Person, der durch die Gewalt einer anderen Person die Möglichkeit genommen ist ihren Aufenthaltsort nach freiem Willen zu ändern und die so ihrer persönlichen Freiheit beraubt ist.

Das Bestehen einer Gefangenschaft setzt stets das Vorhandensein von mindestens 2 Personen, des Gefangenen und desjenigen, der die Gewalt über den Gefangenen ausübt, des Hafthalters, voraus. Der Begriff des Gefangenen erfordert, wenn man auf die Person des Hafthalters abstellt, eine zweifache Unterscheidung: Ist jemand nur zufolge eines Privatwillens seiner Freiheit beraubt, so kann man von einem „Privatgefangenen" sprechen, ist dagegen der Hafthalter der Staat oder eine mit staatlichen Machtmitteln ausgestattete Korporation, so haben wir einen „Staatsgefangenen",[1]) einen Gefangenen im engeren Sinne des Wortes vor uns. Auch die Art und Weise, durch die jemandem der Gebrauch seiner Freiheit entzogen wird, kann eine verschiedenartige sein: auf der einen Seite unmittelbare physische Gefangenhaltung, sei es durch den Aufwand von Körperkraft, sei es durch die Zuhilfenahme von technischen Mitteln, wie Ketten, Mauern u. s. w. — auf der anderen Seite die Festhaltung lediglich durch psychische oder moralische Mittel, wie Ermahnungen, Bitten oder Abnahme des Ehrenwortes.

II. Der Gefangene im Sinne des deutschen Reichsstrafgesetzbuches.

In den §§ 120—121, 347 RStGB., in denen die Delikte der Gefangenenbefreiung geregelt sind, tritt uns der Ausdruck „Gefan-

1. M. E. Mayer schlägt in seiner Darstellung: »Die Befreiung von Gefangenen« Seite 4 diesen Ausdruck vor.

gener" entgegen. Was ein Gefangener ist, darüber hat sich der Gesetzgeber selbst nicht ausdrücklich geäußert. Es bleibt also der Auslegung durch Rechtsprechung und Wissenschaft vorbehalten, den Begriff des Gefangenen im Sinne des Gesetzes abzugrenzen und festzulegen.

Bei dieser Begriffsbestimmung muß vor allem untersucht werden, in welchem Zusammenhange der Ausdruck im Gesetze erscheint. Die Delikte des Haftbruches sind unter dem Titel „Widerstand gegen die Staatsgewalt" im 6. Abschnitt des 2. Teiles des RStGB. behandelt. Aus dieser Stellung im System des Strafgesetzbuches geht hervor, daß das Delikt der Gefangenenbefreiung eine Mißachtung der Autorität des Staates, eine staatsverletzende Handlung darstellt. Es können daher als Objekte der Gefangenenbefreiung auch nur staatliche Gefangene in Frage kommen, bei deren Befreiung das Haftrecht des Staates verletzt wird. Der § 120 RStGB. spricht von der Befreiung eines Gefangenen aus der Gefangenenanstalt, aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet. Hierin liegt insofern eine nähere Bestimmung und Einschränkung des Gefangenenbegriffes, als das Gesetz als Gefangene nur solche Personen annimmt, die in einem der vorbezeichneten Gewaltverhältnisse sich befinden. Daß diese Gewalt nur die des Staates sein kann, ist ohne weiteres klar, denn die erwähnten Gewaltmittel stehen in der heutigen Rechtsordnung nur dem Staate zu.

Auf Grund der angestellten Betrachtungen erscheint sonach als Gefangener im Sinne des geltenden Rechtes eine Person, der auf Grund eines staatlich begründeten Gewaltverhältnisses die persönliche Freiheit entzogen ist. Das Reichsgericht, das es als erforderlich erachtete, eine genaue Begriffsbestimmung aufzustellen, hat in einem Urteil vom 1. Mai 1885[1]) folgendermaßen definiert: „Gefangener ist eine Person, der in gesetzlich gebilligter Form, aus Gründen des öffentlichen Rechtes die persönliche Freiheit entzogen ist und die sich infolgedessen tatsächlich in der Gewalt der zuständigen Behörde befindet."

Hieraus ergibt sich, daß der Gefangene in einem physischen

1. E. St. S. Bd. 12, 162.

Gewaltverhältnis zu seinem Hafthalter stehen muß und daß eine Gefangenschaft, die lediglich auf moralischen Bindungen begründet ist, von der herrschenden Rechtsprechung nicht anerkannt wird. Der Hafthalter muß jederzeit die Möglichkeit haben in tatsächlicher Hinsicht über seinen Gefangenen verfügen zu können. Es erscheint angebracht, wenn man das Verhältnis des Gefangenen zu dem Hafthalter in Beziehung setzt zu dem Gewahrsam im Sinne des Diebstahlbegriffes.[1]) Das Gewahrsamsverhältnis, in dem sich der Gefangene befindet kann nun, je nach der Sachlage, ein mehr oder minder festes sein und es kann auch der Ort, an dem dieses begründet ist, ständig wechseln. So ist z. B. der Sträfling, der sich auf dem Transport befindet und in eine andere Gefangenenanstalt befördert wird, genau so Gefangener, wie derjenige, der an Ketten gefesselt im tiefsten Kerker schmachtet.

Wenn wir auf den vom Reichsgericht aufgestellten Gefangenenbegriff näher eingehen, so sehen wir, daß neben tatsächlichen Erfordernissen, dem Vorliegen eines realen Zwangsverhältnisses, vor allem auch rechtliche Voraussetzungen zur Erfüllung dieses Begriffes notwendig sind.

Wie schon oben erwähnt, ist durch die einschlägigen Bestimmungen nur das Haftrecht des Staates geschützt. Wenn auch auf Grund gesetzlicher Bestimmungen (§ 230 BGB., § 127 StPO.) eine Privatperson die Möglichkeit hat, in die persönliche Freiheit einer anderen einzugreifen und sie vorläufig festzunehmen, so versagt doch der Gesetzgeber diesem privaten Haftrecht seinen strafrechtlichen Schutz: ein auf Grund dieser Bestimmungen Festgenommener ist nur Privatgefangener, seine Befreiung also straflos. Erst von dem Augenblick ab, in dem er von demjenigen, der ihn festgenommen hat, an die zuständige Staatsbehörde abgeliefert wird, wird er Objekt der §§ 120 ff. RStGB.[2]). Die Privatperson, die auf Grund des § 127 StPO. eine Festnahme vornimmt, handelt sonach nicht etwa als Delegatar der staatlichen Haftausübung, sondern lediglich

1. Vergl.: Hofmann, Gefangenenbefreiung, S. 29.
2. Vergl. RG. E. in Str. S. Bd. 13, 254, Recht 1904, S. 340: Demnach ist der von einem nichtbeamteten Waldaufseher nach § 127 StPO. Festgenommene nicht Gefangener.

als „negotiorum gestor" des Staates, dem sie zur Begründung eines Haftrechtes, das durch ein hiezu berufenes Organ erst geschaffen wird, behilflich ist.[1]). Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet ist es wohl zu verstehen, wenn dem privaten Haftrecht, das sich lediglich als eine „Verhaftungsberechtigung" darstellt, der kriminelle Schutz versagt bleibt.

Damit ein Gefangenenverhältnis im Sinne der Reichsgerichtsentscheidung entstehen kann, ist Voraussetzung, daß der Entzug der persönlichen Freiheit kraft obrigkeitlichen Rechtes erfolgt ist. Es genügt also mit anderen Worten der Staatsakt der Festnahme nicht um ein gültiges Haftrecht zu erzeugen, sondern es muß auch ein „Recht zur Verhaftung" vorliegen. Dieses Recht, der Hafttitel, ist wohl zu unterscheiden von der materiellen Grundlage und Berechtigung der Haft, der „causa", warum diese angeordnet wurde.

Die Titel für die Entstehung des Haftrechtes sind verschiedener Natur: z. T. beruhen sie auf gesetzlichen Bestimmungen (z. B. §§ 114, 131 StPO.), z. T. kommen sie durch staatliche Akte, wie z. B. Anordnung des Vorsitzenden oder Beschluß des Gerichtes zustande[2]) (§§ 177, 180 G. V. G., § 230 II StPO.).

Ein gültiger Hafttitel liegt auch dann vor, wenn die Verhaftung materiell nicht gerechtfertigt ist. Daher ist z. B. der auf Grund eines formell richtig erlassenen Haftbefehls Festgenommene Gefangener im Sinne des Gesetzes, wenn auch seine Verhaftung ohne oder ohne genügenden Rechtsgrund erfolgte.[3]) Mit dieser Frage hat sich das Reichsgericht in Bd. 39, S. 189—193 beschäftigt und hiebei ausgeführt: „Für den Tatbestand des § 120 StGB. ist die äußere Rechtmäßigkeit der Amtshandlung, durch welche die Gefangennahme bewirkt ist, kein begriffliches Erfordernis. Weder dem Wortlaut noch dem Zweck dieser Vorschrift ist das im § 113 StGB.

1. Siehe hierzu: Binding II Seite 585.
2. Siehe hierzu: Roitsch, Gefangenenbefreiung, Seite 9.
3. Siehe hierzu: Schwartz, § 120 Nr. 1: »Endlich muß die Freiheitsberaubung auf gesetzlicher Grundlage in abstrakter und konkreter Zuständigkeit erfolgen, braucht aber nicht materiell begründet zu sein.«
Ferner: Olshausen § 120 Nr. 1 Abs. 3; Frank § 120 VII; Binding, Lehrbuch II 586. G.A. 25, 520. E. d. Bay. Obst. L. G. Bd. 2, 98. Vergleiche ferner die Ausführungen M. E. Mayer, Gefangenenbefreiung auf Seite 21.

aufgestellte Erfordernis der Rechtmäßigkeit der Amtsausübung zu entnehmen. Für den Begriff des Gefangenen wird, wie die Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen Band 12, Seite 162 und Band 37, Seite 366 hervorheben, vorausgesetzt, daß eine Person aus Gründen des öffentlichen Rechtes, in gesetzlich gebilligter Form ihrer Freiheit beraubt ist und sich infolgedessen in der Gewalt der zuständigen Behörde befindet. Erfolgt eine Festnahme durch den Willensakt eines Vertreters der Staatsgewalt innerhalb seiner allgemeinen Zuständigkeitsgrenze, also durch eine an und für sich in den Bereich seiner Amtsausübung fallende Handlung, so bedarf es zur Erfüllung des Begriffs des Gefangenen nicht noch der Feststellung, daß im besonderen Fall die Zuständigkeit sachlich und örtlich begründet war und die rechtlichen Voraussetzungen der Festnahme im einzelnen vorlagen".

Die Ausübung des staatlichen Haftrechtes erfolgt durch zuständige Behörden oder Beamte, in deren Amtskreis das Verhaften und Festhalten von Personen fällt.[1]) Der Beamte muß sachlich und örtlich zuständig sein zur Wahrnehmung dieser Aufgabe; ein unzuständiger Beamter kann für den Staat kein Haftrecht begründen.[2])

Lambach[3]) weist darauf hin, daß es nicht richtig sei, wenn das R. G. als Voraussetzung einer Gefangenenbefreiung verlange, daß das Gewaltverhältnis im öffentlichen Interesse betätigt worden sei, vielmehr müsse das Gewaltverhältnis durch ein Organ der Staatsgewalt in Verfolgung einer Aufgabe, die sich der Staat gesetzt habe, hergestellt sein. Dieser Unterschied ist sehr gesucht und verkennt den großen Gesichtspunkt, daß eben gerade die Aufgaben, die sich der Staat gesteckt hat, im öffentlichen Interesse liegen.

1. Hiefür kommen hauptsächlich in Frage Polizei-, Staatsanwaltschafts-, Gerichts-, Gefängnis-, Zollbeamte.
2. Die Befugnis, das staatliche Haftrecht auszuüben, kann auch dritten Personen, Vertretern übertragen werden, die dann ihre Zuständigkeit aus der staatlichen Delegation ableiten.
3. in seiner Gefangenenbefreiung, Seite 7.

III. Die verschiedenen Arten von Gefangenen.

Im folgenden soll nun untersucht werden, welche Personen als Gefangene im Sinne des Gesetzes zu erachten sind. Hierher zu zählen sind:

1. Strafgefangene, d. h. Gefangene, die eine vom Staate gegen sie verhängte kriminelle Strafe verbüßen.

   Diese sind vom Augenblicke des Strafantritts bis zu ihrer Entlassung, während ihrer Ueberführung vom Untersuchungsgefängnis zum Strafgefängnis, während ihrer Unterbringung auf einer Zwischenstation Gefangene.[1])

2. Untersuchungsgefangene, d. h. die auf Grund der §§ 112 ff. StPO. wegen Fluchtgefahr oder Kollusionsverdacht Verhafteten.

3. Personen, die eine staatliche Ordnungs- oder Disziplinarstrafe verbüßen, z. B. die gemäß §§ 177, 178 G. V. G. wegen Ungebühr vor Gericht in Haft Abgeführten, die wegen Nichterscheinens (im Falle der Nichtbeitreibung der Geldstrafe) zu einer Haftstrafe verurteilten Zeugen (§ 51 StPO., § 380 ZPO.).

Eine in der Literatur und in der Rechtsprechung heißumstrittene Frage ist die, ob Schüler im Schularrest als Gefangene zu erachten sind. Der überwiegende Teil der Literatur und auch die jetzige Rechtsprechung verneint die Frage.[2]) Diejenigen, die die Frage bejahen,[3]) begründen dies damit, daß eine derartige Freiheitsstrafe unter staatlicher Autorität im öffentlichen Interesse verhängt werde.

Wird ein Schulkind von seinem Lehrer mit einer Freiheitsstrafe, z. B. Arrest, belegt, so ist dasselbe nicht gefangen, da die

1. Siehe hierzu: Lambach, Die Gefangenenbefreiung, S. 10.
2. Siehe RG. E. in Str.S. Bd. 39, 7. Auch das Bayr. Obst. L. G., das in einer Reihe älterer Entscheidungen den gegenteiligen Standpunkt eingenommen hatte, hat nun seine Meinung geändert. Siehe Bd. 19, 177. Ferner: M. E Mayer, Gef. Befr. , S. 5; Binding, Lehrbuch II 584; Olshausen, § 120 Nr. 2a mit der Begründung, daß die Schuldisziplin mit der Hausdisziplin auf gleicher Stufe stehe und jener eine Bedeutung für das öffentliche Leben nicht zukomme. Heß, Gef. S. 52.
3. Hofmann, Gef. Befr. S. 28, Schwartz, § 120 Nr. 2a, Roitsch, Gef. Befr. S. 17, Lambach, Gefangenenbefreiung, Seite 13.

Maßnahme lediglich aus erzieherischen Gründen erfolgt. „Es soll ohne weiteres zugegeben werden, daß die Ausübung der Schuldisziplin Ausübung öffentlicher Gewalt ist, nicht etwa Ausübung einer bürgerlich rechtlichen, aus dem elterlichen Erziehungsrecht abgeleiteten Befugnis. Es soll auch nicht bestritten werden, daß sie im öffentlichen Interesse gehandhabt wird. Aber das öffentliche Interesse ist ein sehr umfassender und vieldeutiger Begriff, seine Grenzen sind flüssig und können nicht mit Sicherheit festgelegt werden. Ein Interesse daran, daß der mit Schularrest bestrafte Schüler einem Gefangenen im Sinne des § 120 RStGB. gleichgestellt wird, hat aber die Oeffentlichkeit keineswegs. Wir möchten eher glauben, daß für unsere Schuleinrichtung ein bürokratisch-polizeilich-krimineller Anstrich nicht vorteilhaft ist. Es soll auch der Anschein vermieden werden, als habe die Schule Ähnlichkeit mit einem Staatsgefängnis. Die Kinder sollen mit Lust zur Schule gehen und zwischen den Schülern und Lehrern, nicht minder zwischen den Eltern und Lehrern, soll ein herzliches, auf Vertrauen und Achtung beruhendes Verhältnis bestehen".[1])

Bei der Frage, ob Studenten im Karzer als Gefangene zu betrachten sind, muß man berücksichtigen, welchen Charakter die abzubüßende Strafe hat und kraft welcher Befugnis sie verhängt wurde. Eine von der Universitätsbehörde zwecks Aufrechterhaltung der akademischen Disziplin ausgesprochene Strafe liegt nicht im öffentlichen Interesse, sondern hat nur Bedeutung innerhalb der Disziplinargewalt der Universität. Auch wird die Strafe nicht kraft obrigkeitlicher Gewalt, sondern kraft der der Universität als öffentlicher Anstalt zustehenden Hausgewalt ausgesprochen. Ferner fehlen den Universitätsbeamten die Machtmittel, einen Studenten zur Absitzung der Karzerstrafe zu zwingen.[2])

Wenn dagegen die Universitätsbehörde in Ausübung einer ihr vom Staate übertragenen, eigenen Gerichtsbarkeit einen akademischen Bürger einsperren würde, so müßte man diesen wohl als Gefangenen

1. So Theodor v. der Pfordten in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern, 3. Jahrgang Nr. 22, 15. November 1907.
2. So Brügger, Gef. Befr. Seite 9.

bezeichnen.[1]) In diesem Falle verliert die Karzerstrafe den Charakter einer Disziplinarstrafe und ist in Wirklichkeit nicht anders anzusehen als eine gewöhnliche Freiheitsstrafe. Die Frage hat jedoch, seitdem Karzerstrafen an den deutschen Hochschulen nicht mehr üblich sind, keine praktische Bedeutung mehr.

4. Personen, die infolge gerichtlichen Vorführungsbefehles nach Maßgabe der StPO. (vergl. §§ 51, 133, 134, 216, 230, 236, 329, 387, 457) festgenommen, bzw. gestellt sind.[2])
5. Personen, die nach § 362 RStGB. in einem Arbeits untergebracht sind.[3])

   Die in § 362 RStGB. vorgesehene Maßregel erfolgt kraft gerichtlichen Urteils und enthält ebenfalls eine aus Gründen des öffentlichen Interesses verfügte amtliche Freiheitsentziehung.
6. Die gemäß § 127 StPO. von einer Behörde vorläufig Festgenommenen.[4]) Wie schon oben ausgeführt wurde, ist der auf Grund des § 127 StPO. von einem Privaten Festgenommene kein Gefangener im Sinne des § 120 RStGB.
7. Die nach den Bestimmungen der ZPO. (§§ 390, 888, 901, 918, 936) in Haft genommenen Parteien.[5])
8. Die polizeilich zu ihrer Sicherheit in Gewahrsam genommenen Personen.[6])

   Die Polizeihaft erfolgt vor allem zum Schutze der öffentlichen Sittlichkeit und Sicherheit. Wagner[7]) rechnet hierher auch die nach Art. 106 Abs. 4—5 des Bayer. Polizeistrafgesetzbuches

1. So auch Lambach S. 13, Brügger S. 8.
2. Olshausen, § 120, Nr. 2 c, Schwartz, § 120 2 c, Ebermayer, § 120 1 c, Frank, § 120 II, R.G.E. in Strafs., Bd. 12, 162.
3. R.G E. in Strafs. Bd. 15, 217, Ebermayer, § 120 Nr. 1 d, Schwartz, § 120 2 g, Olshausen, § 120, Nr. 2 c, Binding II, 584.
4. RG. E. in Strafs., Bd. 13, 254, Ebermayer, § 120 Nr. 1 b, Olshausen, § 120 Nr. 2 b, Frank, § 120 II, Schwartz, § 120 2 c,
5. Olshausen, § 120 2 d, Ebermayer, § 120 1 c, Schwartz, § 120 2 f, Frank, § 120 II, Hofmann, S. 29.
6. Olshausen, § 120 2 f, Ebermayer, § 120 1 c, Schwartz, § 120 2 k, Binding II 584 Nr. 7.
7. Seite 17.

durch die Polizeibehörde einzuschaffenden Dienstboten und landwirtschaftlichen Arbeiter, denen eine Dienstversäumnis zur Last liegt.

9. Zweifelhaft ist die Frage, ob zu den Gefangenen zu rechnen ist, wer gemäß § 7 Ziff. 6 J. G. G. und § 62 ff. R. J. W. G. zum Zwecke der Fürsorgeerziehung in einer Erziehungs- oder Besserungsanstalt untergebracht ist.[1])

Außer § 120 RStGB. kommt jetzt zum Schutze der Fürsorgeerziehung hauptsächlich der § 76 des Reichsjugendwohlfahrtsgesetzes in Frage, der lautet:

Wer, abgesehen von den Fällen der §§ 120, 235 des Strafgesetzbuches, einen Minderjährigen, bezüglich dessen das gerichtliche Verfahren auf Unterbringung zur Fürsorgeerziehung eingeleitet oder die Unterbringung zur Fürsorgeerziehung angeordnet ist, dem Verfahren oder der angeordneten Fürsorgeerziehung entzieht, oder ihn verleitet, sich dem Verfahren oder der Fürsorgeerziehung zu entziehen, oder wer ihm hierzu vorsätzlich behilflich ist, wird auf Antrag der Fürsorgeerziehungsbehörde mit Gefängnis bis zu zwei Jahren und mit Geldstrafe bis zu hunderttausend Mark oder mit einer dieser Strafen bestraft. Die Zurücknahme des Antrages ist zulässig.

Der Versuch ist strafbar.

Aus dem Wortlaut des § 76 RJWG., der auf § 120 RStGB. Bezug nimmt, muß geschlossen werden, daß Fürsorgezöglinge Gefangene im Sinne des Gesetzes sein können.[2]) Denn jene Bestimmung erklärt sich nur für anwendbar, wenn die Voraussetzungen des § 120 RStGB. nicht zutreffen.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung Fürsorgezöglinge, die aus der Erziehungsanstalt befreit wurden, nicht als „Gefangene" angesprochen und den Charakter der Fürsorgeerziehungsanstalt als Gefangenenanstalt ausdrücklich verneint.[3]) Es hat

1. Schlechthin verneinen diese Frage: Binding II 585; Allfeld S. 563; M. E. Mayer, Gef. Befr. S. 6; Klemm, Gef. Befr. S. 31, 32.
2. Vergl. Ebermayer, § 120 1 h.
3. RG. E. in Str.S., Bd.: 15, 40; 37, 367; 48, 226—228; ähnlich: Bäumer-Hartmann-Becker: Reichsges. für Jug. Wohlf. § 76, Note 2.

seine Ansicht damit begründet, daß eine Freiheitsentziehung im Sinne des § 120 RStGB. die Folge eines gesetzlichen Eingriffs der Staatsgewalt sein müsse, der dem Haftrecht des Staates bei der Handhabung der Polizei- und Strafgewalt entspringe. Davon könne aber keine Rede sein, wenn ein Minderjähriger durch eine von berufener Seite getroffene Anordnung veranlaßt werde, zum Zwecke seiner, wenngleich im öffentlichen Interesse gebotenen Erziehung, einen bestimmten Aufenthalt zu nehmen und innezuhalten. In dieser Beziehung mache es rechtlich keinen Unterschied, ob die Anordnung vom Vater oder vom Vormund des Minderjährigen oder auf Grund des Fürsorgeerziehungsgesetzes von einer demnach zuständigen Behörde ausgehe und ob letzteren Falles eine Ueberweisung des Minderjährigen in eine Familie oder in eine Erziehungsanstalt erfolge. Immer stehe eine Festhaltung des Minderjährigen in einer bestimmten Umgebung in Frage, die nach dem zweifelsfreien Sinn und Zweck des Fürsorgeerziehungsgesetzes ihren Grund lediglich darin habe, daß die Erziehung des Minderjährigen gefördert werden solle. Eine derartige Einwirkung auf den Minderjährigen ziele aber nicht auf die Beschützung der Staatshoheit gegen unmittelbare Angriffe ab und stelle deshalb keine Maßregel des staatlichen Haftrechtes dar, auch wenn sie durch den Staat selbst getroffen werde und die Festhaltung des Minderjährigen in einer Erziehungsanstalt zur Folge habe.[1])

Wie aber die Entscheidungen in Band 15 S. 39, Band 37 S. 360 erkennen lassen, weicht das Reichsgericht von diesen Grundsätzen in verschiedenen Fällen ab und nimmt die Gefangeneneigenschaft bei Fürsorgezöglingen dann an, wenn:

1. die Freiheit der Bewegung in einem das Maß der gewöhnlichen Schulzucht überschreitenden Umfange beschränkt und der Zög-

1. Dieser Ansicht des Reichsgerichts tritt Liszt-Schmidt (Lehrbuch, 25. Aufl. S. 769.) mit der Begründung entgegen, daß mit dem Umstande, daß die Festhaltung des Minderjährigen in der Anstalt nur die Erziehung fördere, auch den Gefängnissträflingen ihre Gefangeneneigenschaft wegargumentiert werden könne, da nach § 48 der Grundsätze für den Vollzug von Freiheitsstrafen vom 7. Juni 1923 auch die Strafhaft die Erziehung des Sträflings bezwecke. Diese Ausführungen verkennen aber, daß bei den Gefängnissträflingen die Erziehung nicht wie bei Fürsogezöglingen der Hauptgrund zur Beschränkung der Freiheit ist. (Vergl. hierzu die verschiedenen Strafrechtstheorien).

ling einer schärferen als derjenigen Aufsicht unterworfen ist, welcher die der Anstalt freiwillig zur Erziehung überwiesenen Kinder unterworfen sind.

2. wenn Fürsorgezöglinge zwangsweise der Anstalt unter Anempfehlung von Vorsicht wegen Fluchtgefahr und Einhändigung von Sicherungsmitteln gegen Entweichen zugeführt werden.[1])

Dieser Ansicht des Reichsgerichts ist eine große Anzahl von Schriftstellern[2]) beigetreten und sie muß heute als herrschendes Recht bezeichnet werden.

Es ist natürlich Aufgabe der Rechtsprechung im einzelnen Falle genau zu prüfen, ob die jeweils vorliegenden, besonderen Umstände einen Fürsorgezögling zu einem Gefangenen im Sinne des § 120 RStGB. machen können. Jedenfalls ist hier aber äußerste Vorsicht am Platze: „Denn es muß alles vermieden werden, was der Meinung, die Erziehungsanstalt sei ein Gefängnis, Nahrung geben kann; denn diese Anschauung ist, sowohl wenn sie von der Anstaltsleitung, als auch wenn sie von den Kindern oder deren Eltern gehegt wird, ein Hindernis für die ersprießliche Wirksamkeit dieser Anstalt.[3])

10. Mit Recht betrachtet die herrschende Ansicht[4]) gemeingefährliche Geisteskranke, die auf Anordnung einer Behörde zur Beobachtung ihres Geisteszustandes gemäß § 81 StPO. oder wegen Gemeingefährlichkeit in einer Irrenanstalt untergebracht sind, sowie Personen, die wegen allgemeingefährlicher ansteckender Krankheiten in Heil- oder Pflegeanstalten verwahrt sind, als Gefangene:

Denn sie sind aus Gründen des öffentlichen Wohles, kraft einer obrigkeitlichen Verfügung durch die Aufnahme und Verwahrung in der Irren- oder Krankenanstalt in ihrer persönlichen Freiheit be-

1. In diesem Fall ist es nach Ansicht des Verfassers unerheblich, ob die Überführung des Zöglings durch die Polizei oder ein Organ des Jugendamtes erfolgt.
2. So: Ebermayer, § 120 1 h; Olshausen, § 120 II; Frank, § 120 II 1; Schwartz, § 120 2 h; Lambach, Gef. Befr. S. 15; Schiedermair, Reichsjugendwohlfahrtsgesetz u. Bay. Jugendamtsges.: Anm. 11 zu § 62.
3. So: M.E. Mayer, Gef. Befr. Seite 6.
4. So: R.G.E. in Strafs. Bd. 44, 171; Olshausen, § 120 Nr. 2 1 h; Ebermayer, § 120 1 g; Frank, § 120 II 2; Schwartz, § 120 2 i.

schränkt. Wenn von den Gegnern dieser Meinung[1]) behauptet wird, der Kranke als solcher sei niemals Gefangener, seine Befreiung höchstens eine Hinderung der Verwaltungstätigkeit, die als Verwaltungsdelikt bestraft gehöre, so verkennen sie, daß die Unterbringung in der Anstalt neben der Heilung vor allem die Sicherung der Allgemeinheit vor dem Kranken bezwecken soll, somit also im öffentlichen Interesse erfolgt. Eine geisteskranke, in Freiheit sich befindende Person oder eine geschlechtskranke Dirne können unter Umständen viel größeres Unheil in der Gesellschaft anrichten als ein gefährlicher Verbrecher. Der Staat muß daher alles tun, um sich vor derartigen gemeingefährlichen Elementen zum Zwecke der öffentlichen Ruhe und Ordnung und Aufrechterhaltung der Volksgesundheit zu schützen. Wer ihm bei dieser Tätigkeit hinderlich ist, verdient mit Recht kriminelle Strafe.

Wird ein Strafgefangener, der erkrankt ist, von der zuständigen Behörde in ein Kranken- oder Irrenhaus überführt, so wird dadurch seine Gefangeneneigenschaft nicht aufgehoben.[2])

Frank[3]) will aus dem Wortlaut des § 461 StPO. schließen, daß der Aufenthalt in der Krankenanstalt keine Strafvollstrekkung sei und nur hinsichtlich der Berechnung der Strafzeit dieser gleichgestellt werde. Dieser Auffassung kann nicht beigetreten werden. Der Gesetzgeber wollte durch die Bestimmung des § 461 StPO. die Gefangeneneigenschaft eines in ein Krankenhaus eingebrachten Sträflings oder Untersuchungsgefangenen nicht antasten, sondern lediglich sagen, daß aus Billigkeitsgründen der im Krankenhaus verbrachte Aufenthalt des Sträflings auf die Strafzeit zur Anrechnung gebracht werden solle. Mit Recht weist daher auch Binding[4]) darauf hin, daß man aus dem § 461 StPO. gerade das Gegenteil der Ansicht Frank's schließen könne, nämlich, daß der dort untergebrachte Gefangene „Strafe verbüße".

1. M.E. Mayer, Gef. Befr. S. 11; Brügger S. 9; Stanke S. 28; Klemm S. 33; auch Allfeld ist ein Gegner dieser Ansicht.
2. Allfeld S. 503 Anm. 5; Binding II 584 Nr. 7; M.E. Mayer S 22; Olshausen, § 120 III; Schwartz, § 120, 1; Ebermayer, § 120 1 g.
3. § 120 II 2.
4. II S. 585 Anm. 7.

11. Nach Goldschmidt[1]) sind als Kriegsgefangene diejenigen Personen zu betrachten, die bei einem ausgebrochenen Krieg im Interesse des Feindes befugt wirksam geworden sind oder von denen man sich einer solchen Wirksamkeit versehen kann, und die deshalb von dem kriegführenden Staat in Sicherheit gehalten werden. Daß diese im allgemeinen zu den Gefangenen im Sinne des § 120 RStGB. zu rechnen sind, darüber herrscht Einmütigkeit.

Zu Zweifeln und zu Streit Anlaß gibt lediglich die Frage, ob sie auch dann hierher zu zählen sind, wenn sie nur durch ihr Ehrenwort festgehalten werden. Durch die Abnahme des Ehrenwortes entsteht für den Gefangenen eine moralische, auf ethischen Grundsätzen beruhende Verpflichtung, sich innerhalb gewisser Grenzen aufzuhalten und sich gewisse Beschränkungen aufzuerlegen, insbesondere sich nicht aus dem Machtbereich des betreffenden kriegführenden Staates, der ihn zum Gefangenen machte, zu begeben. Diese moralische Bindung allein würde nicht genügen, um eine Gefangennahme im Sinne des Strafgesetzbuches begründen zu können. Aber der Kriegsgefangene, den sein Ehrenwort festhält, befindet sich doch in einem, wenn auch sehr lockeren, tatsächlichen Gewaltverhältnis zu seinem Hafthalter: er weilt innerhalb der Landesgrenzen des feindlichen Staates und unterstehet damit dessen Kontrolle und Aufsicht. Als frei im eigentlichen Sinne des Wortes könnte er erst bezeichnet werden, wenn er sich außerhalb der Machtsphäre des gegnerischen Staates, d. h. außerhalb der feindlichen Landesgrenzen befindet. Diese Ansicht vertritt auch Liszt-Schmidt:[2]) „Der auf Ehrenwort internierte Kriegsgefangene ist durch die Anweisung eines bestimmten Aufenthaltsortes nicht nur moralisch, sondern auch tatsächlich in der Gewalt der Obrigkeit, mithin auch Gefangener im Sinne des Gesetzes.[3]) Gestützt wird diese Ansicht

1. Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht 1914, 8. Jahrgang, Heft 19/20, S. 1633 ff.
2. Lehrbuch S. 797 Anm. 2
3. Siehe auch: Allfeld S. 563; Frank, § 120 II; Ebermayer, § 120 Nr. 1f; Schwartz, § 120 1 d; Wachenfeld S. 560, 4; M.E. Mayer S. 5; Stanke S. 25; Brügger S. 10.

durch die Bestimmung des § 159 MStGB., wonach die Entweichung eines Kriegsgefangenen unter Bruch des Ehrenwortes mit dem Tode bestraft wird. Der Gesetzgeber wollte hierdurch sicherlich nicht die durch den Bruch des Ehrenwortes begangene moralische Verfehlung, sondern das Entweichen aus der Gefangenschaft, den Haftbruch bestrafen.[1])

Forts. v. Anm. 3:

Auch Olshausen, der früher die Frage verneinte. Bergholter, Gef. Befr. S. 13 kommt zu dem Schluß: Der Gefangene auf Ehrenwort ist durch das Faktum der Internierung also tatsächlich »geographisch« gebunden.

1. Vergl. hierzu: Klemm S. 35.

§ 2.

Die Befreiung von Gefangenen durch Dritte.

I. Allgemeines.

Die Delikte des Haftbruches können von verschiedenen Personengruppen begangen werden. Als Täter kommen in Betracht:

1. Personen, die in keinem Verhältnis zu dem Gefangenen stehen und im folgenden kurz als „Dritte" bezeichnet werden.
2. Personen, die in einem Verhältnis der Verantwortlichkeit zur Gefangenenhaltung stehen. Sie werden gewöhnlich „Hafthalter"[1]) genannt.
3. Der Gefangene selbst. Dieser Fall wird allgemein als „Selbstbefreiung" bezeichnet.[2])

II. Die Subjekte des § 120 RStGB.

Der nachfolgenden Darstellung, die von der Befreiung durch Personen unter 1. handelt, liegt § 120 RStGB. zu Grunde:

„Wer einen Gefangenen aus der Gefangenenanstalt oder aus der Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung er sich befindet, vorsätzlich befreit oder ihm zur Selbstbefreiung vorsätzlich behilflich ist, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar."

Als Subjekte des § 120 RStGB. kommen im Gegensatz zu den §§ 121, 347 nur Personen in Frage, die in keinem verantwortlichen Verhältnis zur Hafthaltung stehen. Als Täter ist sonach jeder beliebige Dritte möglich, sofern er nicht als Hafthalter anzusehen ist, sei es ein Beamter oder ein Nichtbeamter, sei es ein Freier oder

1. So Binding, Lehrbuch II S. 584.
2. Nähere Ausführungen siehe unter § 4.

selbst ein Gefangener.[1]) Zu Streitfragen gibt die Tätereigenschaft des § 120 RStGB. keinen Anlaß. Es erübrigen sich deshalb hierüber weitere Erörterungen.

III. Die Handlung des § 120 RStGB.

Der Tatbestand des § 120 RStGB. verlangt objektiv, daß diejenige Person, die befreit werden soll, gefangen ist. Wer als Gefangener in diesem Sinn zu erachten ist, wurde oben[2]) eingehend erörtert und es kann daher an dieser Stelle darauf verwiesen werden.

Das Gesetz berücksichtigt zunächst die Befreiung aus der Gefangenenanstalt. Hierunter ist eine bauliche Einrichtung zu verstehen, die in bleibender Weise zum dauernden oder vorübergehenden Aufenthalt eines Gefangenen bestimmt ist.[3]) Die herrschende Ansicht[4]) rechnet zu den Gefangenenanstalten auch die zur Aufnahme kranker Gefangener bestimmten Räume in Krankenhäusern, die Polizeigewahrsame, die Arbeitshäuser und die Irrenanstalten, sofern die dort Untergebrachten Gefangene sind.

Nicht in allen Fällen zutreffend kann die Ansicht Olshausen's[5]) bezeichnet werden, es sei, da nur die Aufnahme des Gefangenen in der „Gefangenenanstalt" in Betracht komme, gleichgültig, wenn diese, z. B. ein Polizeigewahrsam, infolge plötzlichen Todesfalles des Schließers, zeitweise der Aufsicht entbehre. Bei der Entscheidung dieser Frage wird es darauf ankommen, ob die Art und Weise des Gewahrsames derartig ist, daß auch beim Fehlen einer Aufsichts- oder Wachperson der Gefangene in seiner Bewegungsfreiheit tatsächlich eingeschränkt ist.

Der andere Fall der Gefangenenbefreiung, den das Gesetz aufführt, ist der Bruch der persönlich ausgeübten Gewalt der bewaffneten Macht, des Beamten oder desjenigen, unter dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung der Inhaftierte sich be-

1. Ein Gefangener kann sehr wohl Täter der Befreiung eines anderen Gefangenen sein, z. B. ein Sträfling schlägt den Aufseher nieder, damit ein anderer Gefangener entweichen kann, ohne selbst zu entfliehen.
2. § 1.
3. So: Ebermayer, § 120 Nr. 3; Hofmann S. 35; Olshausen, § 120 Nr. 4; Schwartz, § 120 Nr. 5; Oppenhoff, § 120 Nr. 3.
4. Olshausen § 120 Nr. 3; Ebermayer, § 120 Nr. 3.
5. § 120 Nr. 4.

findet. In welcher Form diese persönliche Gewalt ausgeübt wird, ist für den Tatbestand des § 120 gleichgültig. Jedenfalls muß aber die Gefangeneneigenschaft des Beaufsichtigten für jedermann klar ersichtlich sein, um als tatsächlich bestehend anerkannt werden zu können. Gibt daher die Aufsichtsperson die Aufsicht über den Gefangenen, aus irgend einem Grunde, wenn auch nur vorübergehend auf, so daß eine jederzeitige Einwirkung auf den Gefangenen nicht möglich ist, so ist dieser nicht mehr „Gefangener", selbst wenn er von dem Vorhaben der Aufsichtsperson nichts weiß. Die Folge hiervon ist: führt jemand diese Person weg, so kann er sich nicht nach § 120 RStGB. strafbar machen.[1]) Von diesem Gesichtspunkte aus betrachtet kann auch die Befreiung eines ohne Begleitung, vorübergehend beurlaubten Gefangenen nicht unter § 120 RStGB. fallen, da hier zwar rechtlich das Gewaltverhältnis des Staates noch fortbesteht, tatsächlich aber die beurlaubte Person frei ist.[2])

Die Angriffshandlungen gegen das staatliche Haftrecht können nach § 120 RStGB. darin bestehen, daß jemand einen Gefangenen vorsätzlich befreit oder ihm vorsätzlich zur Selbstbefreiung behilflich ist.

Als subjektives Erfordernis verlangt das Gesetz zur Strafbarkeit den Vorsatz. Der Täter muß sich also bewußt sein, daß ein tatsächliches, vom Staate begründetes Haftrecht besteht und daß er dieses rechtswidrig verletzt. Binding[3]) glaubt, daß durch die Einwilligung des Beamten oder einer sonstigen Aufsichtsperson in die Befreiung des Gefangenen der Vorsatz des Täters „vielleicht" aufgehoben werden könne. Demgegenüber bemerkt Schwartz[4]) zutreffend, daß in der Einwilligung eine Aufgabe der Gewalt zu erblicken sei; es könne daher auch nicht der Tatbestand des § 120 StGB. verwirklicht werden, weil gar kein Gefangener im Sinne des Gesetzes vorhanden sei.

Der § 120 RStGB. verlangt alternativ als Handlung entweder Befreiung des Gefangenen oder Beihilfe zur Selbstbefreiung. Eine

1. Siehe hierzu: Dalitz, Befr. v. Gefangenen S. 30.
2. Siehe: RG.E. in Strafs., Bd. 15, 39, Olshausen, § 120 Nr. 5 Abs. 2; Frank, § 120 III 2, Brügger S. 13.
3. Binding II 591.
4. Schwartz, § 120 Nr. 8.

scharfe Abgrenzung zwischen diesen beiden Begehungsarten ist nicht möglich. Als Befreiung im eigentlichen Sinne kommen nur die Fälle in Frage, in denen der Gefangene gegen oder ohne seinen Willen befreit wird. Meistens wird aber der Gefangene an seiner Befreiung teilnehmen und selbst daran mitwirken: hier geht dann die Befreiung in die Beihilfe zur Selbstbefreiung über. Welchen der beiden Tatbestände man jeweils annehmen will, ist gleichgültig, da die Strafdrohung in beiden Fällen die gleiche ist.

Da die Selbstbefreiung, wie wir unten[1]) noch sehen werden, straflos ist, müßte nach den allgemeinen Lehren über die Teilnahme auch die Beihilfe zur Selbstbefreiung, als Beihilfe zu einer straflosen Haupttat, straffrei bleiben. Um dies zu vermeiden, erfolgte die ausdrückliche Erwähnung des Tatbestands der Beihilfe zur Selbstbefreiung im Gesetz.

Dagegen bedurfte es im Gegensatz hierzu für die Beihilfe zur Befreiung keiner besonderen Anordnung, da diese auf Grund der §§ 49, 120 RStGB. strafbar ist. Nach herrschender Auffassung kann die Beihilfe durch Rat oder Tat geleistet werden, vorausgesetzt, daß die Selbstbefreiung nicht schon vollendet ist.[2])

IV. Vollendung, Versuch.

Der Angriff des Befreiers gegen das staatliche Haftrecht kann zur Vollendung seines Zieles, zum vollständigen Haftbruch führen oder auch am Widerstand des Hafthalters oder aus anderen Gründen scheitern und wird sich dann lediglich als eine Versuchshandlung darstellen. In dem bloßen Verlangen des Dritten, der Hafthalter solle den Gefangenen freigeben, kann nach herrschender Lehre ein Angriff auf das staatliche Haftrecht noch nicht erblickt werden.[3]) Eine derartige Aufforderung ist dagegen unter Umständen als Anstiftung zur Gefangenenbefreiung strafbar.[4]) Wohl kann aber die Nötigung des Hafthalters zur Freilassung des Gefangenen und die

1. Siehe § 4.
2. Ebermayer, § 120 Nr. 2, R.G.E. in Str.S. Bd. 15, 39, Olshausen, § 120 Nr. 3b, Frank, § 120 III; Schwartz, § 120 Nr. 4.
3. Siehe hierzu: Binding, Lehrbuch II 587, Olshausen, § 120 Nr. 3a, M.E. Mayer, S. 23, Ebermayer, § 120 Nr. 2.
4. So auch: M.E. Mayer, S. 23.

Erweckung des Irrtums in ihm, er habe Grund, den Verhafteten freizugeben, einen Versuch des Haftbruches darstellen.[1])

Gemäß § 120 Abs. 2 RStGB. ist sowohl der Versuch der Befreiung als auch der Versuch der Beihilfe zur Selbstbefreiung strafbar, denn der Abs. 2 des § 120 RStGB. bezieht sich nicht nur auf die erste, sondern auch auf die zweite Handlung. Grundsätzlich ist zwar der Versuch der Beihilfe straflos; aber im vorliegenden Fall hat die Beihilfe zur Selbstbefreiung keinen akzessorischen Charakter und ist nicht als eine Teilnahmeform der Selbstbefreiung, sondern als ein „crimen proprium" zu betrachten. Mit Recht kommt daher die Mehrzahl der Schriftsteller zur Bejahung der Strafbarkeit des Versuchs der Beihilfe zur Selbstbefreiung.[2]) Die Möglichkeit eines Versuches der Beihilfe zur Selbstbefreiung ist sehr wohl möglich, so wenn die Tätigkeit des Gehilfen, trotzdem sie eine Unterstützung des Täters in sich schloß, eine Förderung der Haupttat tatsächlich nicht bewirkt hat, oder wenn die Tätigkeit des Gehilfen einen Einfluß auf den Täter überhaupt nicht erreicht hat: jemand händigt einem Gefangenen Ausbruchswerkzeuge ein, ohne daß sie dieser benützt; ein an den Gefangenen gerichteter Brief, der Ratschläge für einen Ausbruch enthält, kommt als unbestellbar zurück.[3]) So hat auch das Bay. Oberst. Landesgericht in einer Entscheidung im 17. Bd. S. 102/103 den Versuch der Beihilfe zur Selbstbefreiung, trotzdem die Hilfsleistung ohne Einfluß auf die Befreiung gewesen war, für strafbar erklärt. Ein Mädchen, das mit einem, in einem Gefangenenlager internierten Zivilgefangenen verlobt war, hatte sich diesem gegenüber bereit erklärt, die zu seiner Flucht nötigen Gegenstände in München für ihn bereit zu legen und ihm auch eine Drahtzange zur Durchschneidung des das Gefangenenlager umgebenden Drahtzaunes ausgehändigt. Der Internierte entkam auch glücklich durch nächtliche Flucht aus dem Lager, ohne daß er hierbei die Drahtzange benötigt hatte. Zur Be-

1. So Binding II S. 587. Siehe auch R.G.E. i. Str.S., Bd. 34 S. 8 ff.
2. So: Frank, § 120 IV Abs. 2; Schwartz, § 120 Nr. 6; Olshausen, § 120 Nr. 6; Lambach S. 38; Hälschner II 1056. Dagegen Binding II 590 Nr. 6; M.E. Mayer S. 26.
3. Siehe hierzu: Bergholter, Gef. Befr. S. 66; Frank, § 49 IV. R.G. E. i. Str. S., Bd. 38, 156.

gründung seines Standpunktes hat das Obst. Landesgericht u. a. ausgeführt: „Nach § 120 RStGB. wird bestraft, wer dem Gefangenen zur Selbstbefreiung vorsätzlich behilflich ist. Damit wird schon die Hilfeleistung selbst zu einem selbständigen Verbrechen gestempelt, und so erklärt es sich auch, daß der Versuch zu der Beihilfe zur Selbstbefreiung mit Strafe belegt werden konnte, während doch nach der positiv rechtlichen Gestaltung, welche der Begriff der Beihilfe im StGB. gefunden hat, die Annahme eines strafbaren Versuches der Beihilfe ausgeschlossen ist. (Olshausen, § 49 Nr. 23; RG.E. in Strafsachen Bd. 11 S. 37.) Gleichgültig ist es, ob die geleistete Hilfe für den Erfolg der Haupttat ohne Einfluß gewesen ist, d. h. ob die Zange zur Flucht benützt wurde oder nicht. (Rechtsprechung Bd. 9, S. 724.) Ohne Gesetzesverletzung konnte deshalb die Strafkammer in der Aushändigung der Zange schon ein Vergehen des Versuchs und nicht bloß eine Vorbereitungshandlung zu einem Vergehen nach § 120 erblicken".

M. E. Mayer[1]) vertritt die Ansicht, daß ein Versuch der Beihilfe im technischen Sinne unmöglich sei; in den Fällen, in denen ihn das Gesetz als delictum sui generis konstruiere, könne es sich nur um eine Beihilfe zum Versuch handeln. Ein Versuch der Beihilfe ist, wie wir oben gesehen haben, sehr wohl möglich; doch ist die Unterscheidung, ob es sich um einen Versuch der Beihilfe oder um eine Beihilfe zum Versuch handelt, oft schwer zu ziehen.

Hat jemand bei der Selbstbefreiung eines Gefangenen tatsächlich mitgewirkt, ist diese aber nicht geglückt, sondern im Versuchsstadium stecken geblieben, so kann man von einer Beihilfe zum Versuche sprechen; hat aber die Tätigkeit des Gehilfen nichts zur vollendeten oder nicht vollendeten Befreiungshandlung beigetragen, so handelt es sich um einen Versuch der Beihilfe zur Selbstbefreiung.

1. S. 26.

§ 3.

Die Gefangenenbefreiung durch Hafthalter.

(§§ 121, 347 R.St.G.B.)

I. Vergleichende Betrachtung der §§ 121, 347 RStGB.

Die §§ 121, 347 RStGB. stehen miteinander in engstem Zusammenhange und unterscheiden sich von einander grundsätzlich nur in der Person des Täters und in der Ausdehnung des Strafmaßes; die mit der Beaufsichtigung eines Gefangenen beauftragten Nichtbeamten sind die Subjekte des § 121, die mit der Beaufsichtigung betrauten Beamten die des § 347. Im übrigen bestehen Verschiedenheiten lediglich in der Fassung der beiden Bestimmungen.[1]) Zum Vergleich seien beide hier einander gegenübergestellt:

§ 121

„Wer vorsätzlich einen Gefangenen, mit dessen Beaufsichtigung oder Begleitung er beauftragt ist, entweichen läßt oder dessen Befreiung befördert, wird mit Gefängnis, bis zu drei Jahren bestraft.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert worden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu drei Monaten oder Geldstrafe bis zu dreihundert Mark ein."

§ 347

„Ein Beamter, welcher einen Gefangenen, dessen Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung ihm anvertraut ist, vorsätzlich entweichen läßt oder dessen Befreiung vorsätzlich befördert oder bewirkt, wird mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft. Sind mildernde Umstände vorhanden, so tritt Gefängnisstrafe nicht unter einem Monat ein.

1. So auch Schwartz, § 347 Nr. 2.

Ist die Entweichung durch Fahrlässigkeit befördert oder erleichtert worden, so tritt Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten oder Geldstrafe bis zu sechshundert Mark ein."

Während im § 347 StGB. durch Wiederholung des Ausdruckes „vorsätzlich" ganz klar hervorgeht, daß die Vorsätzlichkeit sowohl auf das „Bewirken" als auch auf das „Befördern" der Befreiung zu beziehen ist, könnten Zweifel darüber entstehen, ob sich das „vorsätzlich" des § 121, weil es vorangestellt ist, auch auf „dessen Befreiung befördern" durch Beauftragte bezieht. Da aber der Absatz 2 des § 121 StGB. von der fahrlässigen Begehung des Deliktes handelt, muß logischerweise der ganze Absatz 1 das vorsätzliche Handeln in sich schließen.

Daß im § 121 RStGB. nicht der Fall der „Bewachung" wie im § 347 RStGB. aufgeführt ist und daß das „Bewirken der Befreiung" weggelassen ist, dürfte keinen Unterschied darstellen[1]), [2]) und lediglich einem redaktionellen Fehler bei der Abfassung der Gesetze zuzuschreiben sein. Dies kann man im ersten Falle klar erkennen, wenn man auf den § 95 des Preußischen Strafgesetzbuches, der das Vorbild für den § 121 RStGB. bildete, zurückgreift: er spricht von dem Falle, daß der Gefangene der Bewachung seines Befreiers anvertraut ist.

Auch der in § 121 II RStGB. fehlende Zusatz: „oder erleichtert", kann keine Abweichung der Tatbestände der §§ 121, 347 begründen, da das „Erleichtern" höchstens als ein geringerer Grad des „Beförderns" angesehen werden kann.[3])

II. Die Subjekte des § 121 RStGB.

Der Tatbestand des § 121 erfordert, daß der Täter mit der Beaufsichtigung oder Begleitung des Gefangenen beauftragt wurde. Als Auftrag in diesem Sinne kommt nur ein von einem staatlichen

1. Eine Beaufsichtigung oder Begleitung umfaßt gleichzeitig auch den Begriff der Bewachung. So auch Olshausen, § 120 Anm. 5.; M.E. Mayer, Gef. Befr. Seite 10 Anm. 2.
2. Das »Bewirken« stellt nur ein »Befördern« stärkeren Grades dar.
3. Ein sachlicher Unterschied zwischen »Bewirken« und »Befördern« in Abs. 1, sowie zwischen »Befördern« und »Erleichtern« in Abs. 2 ist nicht erkennbar. So: Ebermayer, § 347 Nr. 5; Siehe hierzu auch: Binding II 595 Anm. 6; Schwartz, § 347 Nr. 2.

Organ oder von einer Behörde erteilter in Frage. Es muß daher das Vorliegen des § 121 RStGB. verneint werden, wenn eine Privatperson einen auf Grund des § 127 StPO. Festgenommenen einem Dritten zur Beaufsichtigung übergibt, bei welchem der Festgenommene entflieht. Dieser Festgenommene kann deshalb nicht als Objekt des § 121 in Frage kommen, weil er sich noch nicht in der Gewalt der zuständigen Behörde befunden hatte, die allein mit rechtlicher Wirkung den Inhaftierten einem Dritten zur Beaufsichtigung hätte übergeben können.

Der im Sinne des § 121 von einer zuständigen Stelle Beauftragte erlangt nach herrschender Ansicht selbst die Stellung eines amtlichen Organes; diese gibt ihm die Befugnis, in Verfolg seiner ihm aufgegebenen Verwahrungspflicht über den Gefangenen, diejenigen Maßnahmen und Anordnungen zu treffen, die hierzu erforderlich sind. Zu diesem Zwecke kann er gegebenen Falles auf Grund der ihm zustehenden Befugnis seinerseits einen Auftrag zur Beaufsichtigung oder zur Bewachung des Gefangenen erteilen.

Derjenige, der von einem Beauftragten nach § 121 die Weisung erhalten hat, die Bewachung des Gefangenen zu übernehmen und sich damit einverstanden erklärt hat, übernimmt dadurch die Verantwortung für den Gefangenen und kann sich auch eines Deliktes nach § 121 RStGB. schuldig machen. Dies hat das Reichsgericht in Band 7 Seite 103, 104 ausgesprochen: Ein von seiner vorgesetzten Behörde mit dem Transport mehrerer Verbrecher beauftragter Polizeisergeant hatte den im Wartesaal des Bahnhofes befindlichen Schuhmacher D mit der Begleitung eines Gefangenen, der austreten mußte, beauftragt. In Vollzug seines Auftrages ließ der Schuhmacher D fahrlässiger Weise den ihm übergebenen Sträfling entkommen. Die Strafbarkeit des D wurde vom Reichsgericht, wie folgt, begründet: „Hiernach ist außer Zweifel gesetzt, daß die angegangene und zuständige Polizeibehörde dem Polizeibediensteten den Auftrag, den Transport der genannten Verbrecher als Führer zu bewerkstelligen, erteilte. Dieser Auftrag schloß seiner Natur nach auch die Ermächtigung in sich, geeignetenfalls selbständig diejenigen Maßnahmen zu treffen, welche die Sicherheit der Ausführung der Anordnung erfordern würde. Es erschien derselbe daher auch als befugt, nach eigenem Ermessen in dem als

dringend beurteilten Zwischenfalle einzugreifen und dem eben anwesenden, mit anderweitigen polizeilichen Aufgaben betrauten Angeklagten, auf Grund der ihm selbst zustehenden amtlichen Befugnis weitere Aufgaben zu erteilen. Durch die Übernahme der Ausführung des von J. erteilten Auftrages hat sich der Angeklagte zum gewissenhaften, pflichtgemäßen Vollzuge verbindlich gemacht, wenn er dies auch dem Auftrag Erteilenden gegenüber lediglich in seiner Eigenschaft als Privatperson getan hat."

Eine Übernahme des Auftrages kann sowohl ausdrücklich geschehen als auch aus konkludenten Handlungen geschlossen werden.[1])

Eine Bestrafung nach § 121 kann dagegen nicht eintreten, wenn der um die Überwachung des Gefangenen Ersuchte dieses Ansinnen ablehnt, da auf seiner Seite eine Verpflichtung hierzu nicht besteht.

M. E. Mayer[2]) glaubt, daß unter Umständen die Ablehnung des Auftrages sich als vorsätzliche, durch Unterlassung begangene Beihilfe zur Selbstbefreiung darstellen könne und dann aus § 120 StGB. strafbar sei. Doch geht M. E. Mayer meiner Ansicht nach hier zu weit. Ein Zwang zur Übernahme der Beaufsichtigung eines Gefangenen besteht nur bei solchen Personen, die auf Grund ihres Berufes hierzu verpflichtet sind. Diese können aber, falls sie sich weigern, höchstens mit einer Disziplinarstrafe belegt werden, da eine gesetzliche Handhabe für die Verhängung einer Kriminalstrafe hier nicht gegeben ist.

Als im Sinne des § 121 beauftragt wurde ein Krankenwärter angesehen, obwohl er nach seinem Kontrakt zur Übernahme einer solchen Aufsicht nicht gehalten war und obwohl die Krankenhausverwaltung die Verantwortung für die Sicherung von Kranken im allgemeinen abgelehnt hatte.[3])

Als Subjekte des § 121 können ferner in Frage kommen Unternehmer, die Gefangene gegen Entgelt zu Arbeitsleistungen erhalten.[4]) Dieser Fall wird hauptsächlich eintreten bei Verwendung

1. So auch: RG. E. in Strafs., Bd. 19, 380; M. E. Mayer, Seite 10.
2. S. 11, Gef. Befr.
3. Siehe RG. E. in Strafs. Bd. 19, 330; Olshausen, § 121 Nr. 1; M. E. Mayer S. 10 Nr. 6; Ebermayer, § 121 Nr. 1.
4. So: Frank, § 120 Nr. V; Ebermayer, § 121[1]; Olshausen, § 121 Nr. 1.

von Kriegsgefangenen in landwirtschaftlichen und industriellen Betrieben. Doch wird hier nicht immer eine ununterbrochene, dauernde Aufsicht von seiten des Unternehmers möglich sein; dieser kann daher nicht verantwortlich gemacht werden, wenn ein Gefangener gelegentlich der Ausführung von Arbeiten, bei denen eine Überwachung unmöglich war, entweicht.[1])

III. Die Subjekte des § 347 RStGB.

In § 347 RStGB. wird das Delikt der Gefangenenbefreiung mit erhöhter Strafe bedroht, wenn es von einem Beamten begangen wird.

Unter einem Beamten ist eine Person zu verstehen, die kraft einer (endgültigen oder nur vorübergehenden, dauernden oder zeitweiligen) Anstellung dazu berufen ist, als Organ des Staates für öffentliche Zwecke tätig zu sein oder die unter staatlicher Autorität gewisse öffentliche Funktionen ständig oder vorübergehend ausübt.[2]) Das Reichsstrafgesetzbuch hat in § 359 eine Begriffsbestimmung des Beamten gegeben; auf sie kann an dieser Stelle verwiesen werden.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat diesem Begriffe bereits eine weite Auslegung gegeben. Danach sind unter „Beamten" im Sinne des § 359 nicht nur die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis stehenden Beamten im staatsrechtlichen Sinne, sondern auch Personen zu verstehen, die zwar nicht im staatsrechtlichen Sinne Beamte sind, aber von einer nach Reichs- oder Landesrecht zuständigen Stelle ausdrücklich oder stillschweigend zu Dienstverrichtungen berufen sind, die aus der Staatsgewalt abzuleiten sind und der Verwirklichung staatlicher Zwecke dienen, also zur ausschließlichen Zuständigkeit öffentlicher Behörden oder Beamten gehören und daher von Privatpersonen nicht vorgenommen werden dürfen.[3])

Der § 347 stellt ein sogenanntes uneigentliches oder gemischtes Amtsverbrechen dar, da der sachliche Tatbestand des § 347 nicht ausschließlich von einem Beamten, sondern von jeder beliebigen Privatperson verwirklicht werden kann. Die Beamteneigenschaft des

1. So: Kuhn, Gef. Befr., Seite 98; Brügger, Seite 44.
2. So: Allfeld, Lehrbuch 1922, Seite 603/604.
3. Vergl. hierzu: E. d. RG. Bd. 54 S. 203; Bd. 60 S. 139.

Täters bildet in § 347 RStGB. lediglich einen Strafverschärfungsgrund.[1])

Nach der herrschenden Ansicht[2]) wird das Delikt des § 347 RStGB. ferner als sogenanntes allgemeines Amtsdelikt bezeichnet, da jeder Beamter, der in seiner Eigenschaft als solcher die Überwachung eines Gefangenen übernommen habe, Täter sein könne. Gegen diese Auffassung wendet sich Binding,[3]) der geltend macht, daß nur der zur Hafthaltung berufene Beamte Subjekt des § 347 sein könne, daher ein besonderes Amtsdelikt vorliege.

Dieser letzteren Meinung kann nicht beigepflichtet werden. Wenn auch der Tatbestand des § 347 verlangt, daß der Täter ein Beamter sei, dem die Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung übertragen wurde, so kann doch daraus nicht geschlossen werden, daß die Beaufsichtigung usw. in die eigentliche Amtstätigkeit des Beamten fallen müsse.[4]) Wenn der Gesetzgeber dies gewollt hätte, hätte er es sicherlich deutlich zum Ausdruck gebracht, ähnlich wie in § 346 StGB.[5]) Der Tatbestand des § 347 erfordert hingegen lediglich, daß es sich um einen Beamten handle, der im allgemeinen oder im besonderen Falle mit der Überwachung von Gefangenen betraut wurde.[6])

Nach § 347 RStGB. muß dem betreffenden Beamten der Gefangene zur Beaufsichtigung usw. „anvertraut" worden sein. Was unter „anvertraut" zu verstehen ist, ist zweifelhaft und hat in der Literatur zu lebhaftem Streite Anlaß gegeben.

1. Siehe hierzu: Olshausen, § 347 Anm. 1; ferner auch: Roitsch, Gef. Befr. S. 55. Danach bildet die Überschreitung der in einem bestimmten Amt enthaltenen Machtfülle, die seinem Träger ein intensiveres Bewußtsein von der Widerrechtlichkeit seines Tuns geben muß, den Qualifizierungsgrund in § 347.
2. Olshausen, § 347 Nr. 1; Hälschner II 1053; Stenglein, Zeitschrift für Gerichtspraxis und Rechtswissenschaft: Bd. 2, 299; Bd. 8, 297.
3. Lehrbuch II 410, 596.
4. Es würden in diesem Falle also nur mit der Festnahme und der Bewachung von Gefangenen beschäftigte Beamte, z. B. Polizei-, Staatsanwaltschafts-, Gefängnisbeamte usw. in Frage kommen.
5. In § 346 wird durch die Fassung: „Ein Beamter, welcher vermöge seines Amtes . . . . usw." kein Zweifel darüber gelassen, daß nur ein Beamter der in § 346 bezeichneten Art Täter sein kann, somit also ein besonderes Amtsdelikt vorliegt.
6. Siehe hierzu: Olshausen, § 347 Nr. 1.

Liszt-Schmidt[1]) vertritt die Ansicht, daß die Bestimmung des § 347 RStGB. nur Anwendung finde, wenn der Gefangene dem Beamten von einem anderen Beamten dienstlich übergeben worden sei. Er hält also zur Erfüllung des Tatbestandes des § 347 RStGB. einen Übergabeakt für erforderlich.

Nicht ganz soweit geht Frank, wenn er sagt,[2]) das Anvertrautsein bedeute, daß die Beaufsichtigung usw. auf der dienstlichen Anweisung oder dem dienstlichen Ersuchen eines anderen Beamten beruhen müsse. Frank, der früher auch einen Übergabeakt forderte, hat sich augenscheinlich jetzt der Ansicht Hofmanns[3]) angeschlossen, der die Meinung vertritt, daß ein sichtbarer Übergabeakt nicht unbedingt erforderlich sei, daß vielmehr auch ein Übergabesurrogat genüge, wie die von einem Beamten ausgehende Ermächtigung an einen Vollzugsbeamten, unter Auslieferung eines Haftbefehls oder sonstiger genauer Designierung, eine Person in Haft zu nehmen und einzuliefern. Dem Anvertrauen müsse eine Überweisung, sei es durch Übergabe oder durch Bezeichnung der Person vorausgehen.

Nach der herrschenden Lehre[4]) dagegen wird weder eine Übergabe noch ein Übergabesurrogat als begriffliche Voraussetzung des Anvertrauens angesehen: die Übergabe könne auch durch einen Auftrag oder die allgemein auf dem Amt beruhende Pflicht zur Beaufsichtigung, den Gefangenen zu einem zur Aufsicht anvertrauten zu machen, ersetzt werden. Der § 347 setze sonach nicht voraus, daß der Gefangene sich bereits in der Gewalt eines Dritten befinde, so daß das Merkmal des Anvertrauens auch gegeben sei, wenn das Amt selbst dem Beamten die Pflicht zur Beaufsichtigung des Gefangenen auferlege.

Eine Anzahl von Schriftstellern legen den Nachdruck darauf, daß von seiten des Beamten eine Übernahme der Beaufsichtigung des Gefangenen erfolgt sei. Es könne daher auch der Tatbestand des § 347 nicht vorliegen, wenn der Beamte die Übernahme mit

1. Lehrbuch, Seite 824 N. 5.
2. Frank, § 347 I.
3. Hofmann, Gef. Befr., Seite 104.
4. Allfeld, S. 610; Binding II 596; Schwartz, § 347 II; Ebermayer: § 347 Nr. 1 M. E. Mayer: Seite 9 RG. E. in Strafs. Bd. 13 S. 254.

Recht, weil er aus irgendeinem Grunde hierzu nicht verpflichtet sei, oder mit Unrecht, ablehne.[1])

Das Reichsgericht[2]) und einige Schriftsteller[3]) halten auch dieses Erfordernis für unwesentlich. In einer Entscheidung im 27. Bd. S. 210 hat das Reichsgericht unter anderem ausgeführt: „Der § 347 erfordert nicht, daß der Gefangene als solcher von einem Beamten zur Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung übernommen worden ist, vielmehr ist der Begriff des Anvertrauens im Sinne des § 347 gegeben, wenn für den Beamten eine Pflicht zur Beaufsichtigung usw. des Gefangenen bestand". In Bd. 8, S. 314 heißt es, daß die Strafe des § 347 unter Umständen auch denjenigen Beamten treffen könne, welcher zur Übernahme eines ihm zugeführten Gefangenen verpflichtet, diese ohne Grund ablehne. M. E. Mayer[4]) glaubt, daß die angeführten Entscheidungen mit der Entscheidung im 13. Bd. S. 254 in Widerspruch stehen. Hier machte das Reichsgericht unter anderem folgende Ausführungen: „Nicht minder rechtsirrtümlich erscheint die Annahme, daß dem Angeklagten die Beaufsichtigung und Bewachung des festgenommenen Unbekannten „anvertraut" gewesen sei. Dadurch, daß K. den Festgenommenen dem Angeklagten mit der Mitteilung von der Ergreifung auf frischer Tat zuführte, erging an den Angeklagten die Aufforderung, die Beaufsichtigung und Bewachung bis auf Weiteres zu übernehmen; aber nur dann, wenn der Angeklagte dieser Aufforderung Folge geleistet, und damit die Pflicht zu fernerer Beaufsichtigung und Bewachung übernommen hätte, würde das Tatbestandsmerkmal des „Anvertrauens" im Sinne des § 347 RStGB. als vorliegend erachtet werden können. Denn nicht gegen die unrechtmäßige Unterlassung der Annahme eines Gefangenen von einer Privatperson richtet sich die Strafbestimmung des § 347 StGB. Dieselbe bedroht vielmehr, wie aus der gewöhnlichen Bedeutung des Wortes „anvertrauen" deutlich zu ersehen ist, die Verletzung

1. So: Olshausen, § 347 Nr. 3 Abs. 2; Hälschner II, 1955; Meves: H. H. 3, 955, § 2; Hofmann, S. 107; Schwartz, § 347 Nr. 2; Heß, S. 74; Lambach, S. 35; Brügger, S. 39; Stanke, S. 34.
2. Bd. 8, S. 314; Bd. 27, S. 210.
3. Binding II, 596 Anm. 7; Allfeld, S. 610 Anm. 15; Roitsch, S. 55 ff.; Oppenhoff, § 347 Nr. 2.
4. Seite 9, Gef. Befr.

der Pflichten, welche einem Beamten in betreff der Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung daraus erwachsen, daß ein Gefangener tatsächlich in seine Gewalt und Obhut gelangt ist, mag dieses tatsächliche Verhältnis in einem speziellen Akt der Überlieferung oder auf einer Festnahme durch den Beamten kraft gesetzlicher Pflicht oder eigener Amtsbefugnis oder auf einem sonstigen Grunde beruhen."

Ein Widerspruch der Entscheidung zu den oben angeführten kann meines Erachtens nicht festgestellt werden, wenn man in Betracht zieht, daß es sich hier um einen von einer Privatperson gemäß § 127 StPO. Festgenommenen handelte, der ja noch gar nicht als Gefangener zu betrachten war und erst mit der Übernahme durch den betreffenden Beamten Gefangener im Sinne des Gesetzes geworden wäre. Es konnte daher in diesem Falle die Weigerung der Übernahme eine Anwendung des § 347 RStGB. nicht rechtfertigen.[1])

Ebermayer[2]) vertritt die Ansicht, daß der § 347 nur einen besonders schweren Fall des § 121 darstelle und daher die Abweichungen von § 121 eigentlich nur redaktioneller Natur seien, ohne einen sachlichen Unterschied zu begründen, so daß anstatt des Merkmals „anvertraut" auch das Merkmal „beauftragt" aus § 121 zu Grunde gelegt werden könne.

Bei der Entscheidung der Frage, was unter „anvertraut" im Sinne des § 347 RStGB. zu verstehen ist, wird man zunächst versuchen, dem Begriff auf sprachlichem Wege näher zu kommen. Dem Wortsinn nach bedeutet anvertrauen unter Anempfehlung besonderer Sorge und Wachsamkeit, auf Grund eines Vertrauensverhältnisses, etwas in die Obhut eines anderen begeben. Darnach wäre als anvertraut derjenige Gefangene zu betrachten, der einem Beamten, auf Grund seiner besonderen Stellung, zur Beaufsichtigung usw. übergeben wurde. Nach dieser Auslegung wäre, wie Liszt-Schmidt fordert, zur Erfüllung des Tatbestandes des § 347 eine Übergabe des Gefangenen seitens des Auftraggebers an den Beamten erforderlich. Eine derart enge Begrenzung des fraglichen Begriffs würde aber weder der wissenschaftlichen Auffassung des Hafthalters als persönlichen Haftmittels überhaupt noch dem Geiste

1. So auch Binding S. 596 Anm. 7; Bergholter, Gef. Befr. S. 33.
2. Ebermayer, § 347 Nr. 2.

des Gesetzes gerecht werden.[1]) Der Sinn und Zweck der Bestimmung des § 347 geht vor allem dahin, die von einem Beamten begangene Gefangenenbefreiung, mit der Hand in Hand eine Amtspflichtsverletzung läuft, strenger zu bestrafen als den Haftbruch durch gewöhnliche dritte Personen. Es kann daher nicht im Willen des Gesetzgebers liegen, das Hauptgewicht darauf zu legen, auf welche Art und Weise und unter welchen Umständen der Gefangene in die Obhut des fraglichen Beamten gelangte, sondern es muß der Kernpunkt des § 347 in der durch den Beamten erfolgten Verletzung seiner Bewachungspflicht erblickt werden. Es erscheint sonach nicht angebracht, wie aus der Wortauslegung zu folgen wäre, für den Begriff des „Anvertrautseins" einen Übergabeakt vorauszusetzen. Die aus dem Zivilrecht abgeleitete Ersetzung der Übergabe durch Übergabesurrogate, die von Frank und Hofmann vertreten wird, ist gerade für die Fälle, für die sie gemünzt ist,[2]) nicht möglich. Der Staat kann eine Person, die sich noch nicht in seiner Gewalt befindet und an der ihm noch kein Haftrecht zusteht, nicht tradieren. Wo aber eine Tradition unmöglich ist, kann diese auch nicht durch ein Surrogat ersetzt werden.[3])

Ein Anvertrauen im weiteren Sinne und im Sinne des § 347 RStGB. kann auch angenommen werden, ohne daß eine tatsächliche Übergabe erfolgte. Das Staatsorgan oder die Behörde, die einem Beamten den Auftrag geben, eine bestimmte Person zu verhaften oder ihn mit der Ermächtigung ausstatten, aus eigener Initiative eine Festnahme vorzunehmen, vertrauen damit gleichzeitig, als selbstverständliche Folge des Auftrags, dem Beamten die Beaufsichtigung usw. der festgenommenen Person an. Läßt daher ein Beamter eine Person, die er auf diese Weise gefangengenommen hat, später wieder entweichen, so macht er sich aus § 347 strafbar.

Der Begriff des Anvertrauens erfordert jedoch m. E., daß der Beamte den Gefangenen entweder ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen zur Bewachung übernommen hat. Eine bloße Verletzung der Pflicht zur Übernahme eines Gefangenen kann

1. Siehe hierzu: Roitsch, Seite 57.
2. Ein Beamter soll auf Grund eines Haftbefehles oder auf Grund eines Auftrages oder einer allgemeinen Ermächtigung eine Verhaftung vornehmen.
3. Siehe hierzu die Ausführungen bei Roitsch, Seite 59/60.

nicht unter den Tatbestand des § 347 RStGB. subsumiert werden; denn der § 347 richtet sich nicht gegen die pflichtwidrige Unterlassung, jemanden gefangen zu nehmen oder den bereits Festgenommenen zu übernehmen — dieses Verhalten fällt unter Umständen unter § 346 — sondern gegen die unberechtigte Freilassung des zur Bewachung schon übernommenen Gefangenen.[1]) Der vom Reichsgericht in Bd. 8 S. 314 und Bd. 27 S. 210 vertretenen Auffassung kann daher nicht beigetreten werden. Aus dem Wortlaut des § 347 RStGB. geht hervor, daß das Anvertrauen zu einem der ausdrücklich bezeichneten Zwecke, d. h. zur Beaufsichtigung usw. erfolgt sein mußte. Wird daher einem Beamten ein Gefangener lediglich zur Vernehmung vorgeführt, so kann sich dieser im Falle des Entweichens des Vorgeführten keines Verbrechens nach § 347 RStGB. schuldig machen.[2])

Das Reichsgericht hat sich in Bd. 27 S. 211 dahingehend geäußert, daß eine Pflicht zur Beaufsichtigung usw. nicht nur für den Beamten, welcher mit dem Gefangenen in persönlichen Verkehr zu treten und mit eignen Augen über denselben zu wachen habe, sondern auch für den Beamten bestehe, der seine amtliche Obliegenheit, für sichere Bewachung der Gefangenen zu sorgen, durch untergeordnete Organe zur Ausführung bringe. Andererseits dürfe aber nicht jeder, der bei der Gefängnisverwaltung zu irgend einer amtlichen Tätigkeit berufen sei, den Beamten zugezählt werden, welchen die Beaufsichtigung, Begleitung oder Bewachung von Gefangenen obliege. Von dem Anvertrauen einer Beaufsichtigung im Sinne des § 347 StGB. könne nur bei dem Beamten gesprochen werden, der über die Person des Gefangenen unmittelbar oder mittelbar eine Aufsicht zu führen habe. Das Reichsgericht hat daher eine Dienstanweisung, die in der rein bureaumäßigen Erledigung von Ersuchen um Haftvollziehung besteht, nicht für genügend zur Erfüllung des Tatbestandes des § 347 gehalten.[3]) In einer neueren Entscheidung[4]) hat das Reichsgericht einen preußischen Gefängnisinspektor, der die Strafzeit zweier Gefangener zu kurz berechnet hatte

1. So: M. E. Mayer, Gef. Befr. S. 9/10.
2. So auch Olshausen, § 347 Nr. 3; Meves in H. H. 3 S. 953 A 3.
3. Siehe E. Bd. 27 S. 211.
4. Bd. 58 S. 271.

und auf Grund dieser Berechnung den Gefangenen vorzeitig entlassen hatte, für strafbar erklärt. Das Reichsgericht kam in diesem Falle deshalb zu einer Bestrafung, weil der Beamte die Berechnung aufrecht erhalten hatte, obwohl er darauf hingewiesen worden war, daß der Vollstreckungsrichter sie für falsch erachtete.

IV. Die Befreiungshandlung der §§ 121, 347 RStGB.

1. Die vorsätzliche Begehung.

Die §§ 121, 347 RStGB. zählen als vorsätzliche Begehungsarten auf:

a) das Entweichenlassen (§§ 121, 347),

b) die Beförderung der Befreiung (§§ 121, 347),

c) die Bewirkung der Befreiung (§ 347).

Der Täter kann sonach den Tatbestand eines der beiden §§ verwirken, indem er sich untätig verhält, oder indem er selbst tätig wird; ersteres ist der Fall beim Entweichenlassen, letzteres beim Bewirken oder Befördern der Befreiung. Jedoch hat die vom Gesetz hier getroffene Unterscheidung der Begehung durch ein Unterlassen oder durch positives Tun rechtlich keine Bedeutung; denn in beiden Fällen handelt es sich um ein Kommissivdelikt, das im ersten Falle allerdings durch eine Unterlassung begangen wird.[1])

Eine strenge Abgrenzung zwischen den verschiedenen Tathandlungen der §§ 121, 347 RStGB. läßt sich auch gar nicht durchführen, da diese ineinander übergehen und mindestens mit dem Befördern oder Bewirken der Befreiung ein Entweichenlassen verbunden ist. Diese Ansicht vertritt auch das Reichsgericht. Es hat hierzu in Bd. 5 S. 324/325 ausgeführt: „. . . . . Es darf nicht zugegeben werden, daß das „Entweichen" und die „Befreiung" im § 347 Abs. 1 StGB. in dem Sinne absolut voneinander verschieden sind, daß das Entweichenlassen lediglich die Selbstbefreiung des Gefangenen bedeute, während seine Befreiung nur von Dritten bewerkstelligt werden könnte. Zwar kann die Befreiung eines Gefangenen auch gegen seinen Willen oder während er sich im bewußtlosen Zustande befindet, mithin ohne sein Zutun bewirkt werden. Aber wenn ihm

1. So: Olshausen, § 121 Nr. 3a; Hofmann, Gef. Befr. S. 108; Landsberg, S. 195; a. M. Schwarz, § 121 Nr. 2; Ebermayer, § 121 Nr. 2a; Frank, § 121 II 1; die annehmen, daß ein unechtes Unterlassungsdelikt vorliege.

von einem Dritten der Kerker geöffnet worden ist und er denselben verläßt, so hat eine Befreiung stattgefunden, ohne daß hiermit der Begriff der Selbstbefreiung, des Entweichens zum Wegfall gebracht würde, der vielmehr notwendig mit der Entziehung aus der noch bestehenden Haft kraft eignen Willens verbunden ist. Ist aber in diesem Fall der Begriff der Befreiung eines Gefangenen von demjenigen seiner Entweichung nicht zu trennen, so muß auch in § 347 Abs. 1 StGB. mit dem Begriff der Befreiung zugleich derjenige des Entweichens verbunden sein und es kann darum die daselbst bezeichnete Verschiedenheit zwischen demjenigen, der einen Gefangenen entweichen läßt, und demjenigen, der die Befreiung eines Gefangenen befördert, nur darin erblickt werden, daß das Entweichenlassen das unterlassene Verhindern der Selbstbefreiung des Gefangenen, die Beförderung der Befreiung hingegen eine Unterstützung dieser Selbstbefreiung mittels positiver Tätigkeit zur Voraussetzung hat".

Daß den Begriffen des „Bewirkens" und des „Beförderns" im Grunde genommen die gleiche Bedeutung zukomme, da das Bewirken lediglich als ein Befördern gesteigerten Grades angesehen werden müsse, wurde schon oben festgestellt.[1]) M. E. Mayer[2]) vertritt die Ansicht, daß „Bewirken" und „Befördern" der Befreiung voneinander verschieden seien und daß ein Befördern nur angenommen werden könne, falls ein Dritter die Befreiung ausübe. Er kommt dabei zu dem Schluß, daß, wenn ein Dritter nicht mitwirke, der § 121 RStGB. versage, da die Handlung des Aufsehers, weil sie nicht als Ergänzung zum Tun eines anderen hinzutrete, nicht als Befreiungsbeförderung, und wenn sie an einem sich völlig passiv verhaltenden Gefangenen vorgenommen werde, nicht als Entweichenlassen gekennzeichnet werden könne. In einem solchen Falle könne daher der nach § 121 RStGB. Beauftragte nicht bestraft werden. Diese Meinung M. E. Mayer's ist ebenso abwegig, wie das Resultat, zu dem er durch diese kommt. Darnach wäre eine ohne die

1. Siehe hierzu: Olshausen, § 121 Nr. 3b: „Die „vorsätzliche Beförderung der Befreiung eines Gefangenen" ist gleichbedeutend mit der im § 347,1 hervorgehobenen „Bewirkung oder Beförderung", da jedes Bewirken zugleich ein Befördern enthält. So auch: Hälschner II, 962; John H. H. Bd. 3 S. 152.
2. Seite 30.

Hilfe Dritter und ohne den Willen des Gefangenen erfolgende Befreiungshandlung seitens eines Hafthalters im Sinne des § 121 straffrei, dagegen das Behilflichsein zur Entweichung des Gefangenen strafbar, eine Regelung, die niemals im Sinne des Gesetzes liegen kann.

Der Vorsatz der §§ 121, 347 RStGB. erfordert das Bewußtsein des Täters, daß es sich um einen Gefangenen im Sinne des StGB. handelt, der ihm zur Beaufsichtigung usw. übergeben oder anvertraut ist, ferner, daß seine Tätigkeit zur Befreiung oder Entweichung des Gefangenen führen kann. Der Vorsatz kann nicht dadurch ausgeschlossen werden, daß der betr. Beauftragte oder Beamte, welcher die Gefangenschaft eines unter seiner Bewachung befindlichen Gefangenen vorübergehend aufhebt, in der Absicht handelt, der Gefangene werde nach längerer oder kürzerer Zeit freiwillig in die Gefangenschaft zurückkehren. Das Reichsgericht hat hierzu ausgeführt:[1]) „Es ist also rechtlich bedeutungslos, ob der vom Angeklagten in Freiheit gesetzte K die Absicht hatte, sich dauernd der Strafvollstreckung zu entziehen oder nach längerer oder kürzerer Zeit in die Strafhaft zurückzukehren. Ob er schließlich das eine oder andere tat, hing von seinem Willen ab und änderte an der Tatsache nichts, daß er 7 Stunden lang als Strafgefangener sich in Freiheit befand. Aus dem gleichen Grund kommt auch subjektiv nichts darauf an, ob der Angeklagte, als er den K. vorsätzlich entweichen ließ, nicht beabsichtigte, letzterer solle die Freiheit zur Flucht aus dem Lande oder dergleichen benützen, oder ob er hoffte, derselbe werde freiwillig alsbald in das Gefängnis nach B. zurückkehren. Es genügte, daß er vorsätzlich den K. in Freiheit gesetzt, den Zustand der Gefangenschaft über ihn aufgehoben hat. Dies hat er mit vollem Bewußtsein getan und damit das Delikt des § 347 vollendet. Welche Vorstellung er sich selbst rechtlich über das Begriffsmerkmal des „Entweichens" gemacht hat, ist für die Erfüllung des Vorsatzes im Sinne des § 347 RStGB. gleichgültig".

1. Bd. 26, Seite 53/54.

2. Die fahrlässige Begehung der §§ 121, 347.

Nach § 121 Abs. 2 und § 347 Abs. 2 wird auch die fahrlässige Gefangenenbefreiung durch den Hafthalter unter Strafe gestellt. Der Grund hierfür ist in der Verantwortlichkeit des Täters für die Person des Gefangenen zu suchen.

Während der Tatbestand des § 121^2 RStGB. lediglich von einem Befördern der Entweichung spricht, ist in § 347^2 noch die „Erleichterung" hinzugefügt. Diese Abweichung der beiden Tatbestände ist jedoch rein redaktioneller Natur, da, wie wir oben[1]) gesehen haben, das „Erleichtern" eine Art des „Beförderns" darstellt und somit ein weiterer Unterschied nicht erkennbar ist.

Nach Olshausen[2]) umfaßt die fahrlässige Beförderung der Entweichung eines Gefangenen jedes Tun oder Lassen, wodurch die Entziehung des Gefangenen aus der Gefangenschaft — gleichviel ob durch Selbstbefreiung oder durch Befreiung unter Beteiligung Dritter — eine Förderung enthält, d. h. also wodurch die objektiven Voraussetzungen für die Haftentziehung günstiger gestaltet werden; §§ 121^2 und 347^2 beziehen sich also auf alle in Abs. 1 unter Strafe gestellten Handlungen, wenn sie fahrlässig begangen werden.[3]) Dieselbe Ansicht vertritt auch das Reichsgericht, wenn es in Bd. 9 S. 41 ausführt: „Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß § 347 StGB. in Abs. 2 die selben Handlungen vom Gesichtspunkt der Fahrlässigkeit unter Strafe stellt, welche in Abs. 1 als vorsätzliche Handlungen bezeichnet sind, d. h., daß unter Entweichen in Abs. 2 auch die Befreiung des Abs. 1 mitzuverstehen und folgeweise jede Form der Aufhebung der Gefangenschaft zu begreifen ist". Der Auffassung Frank's und Liszt-Schmidt's,[4]) daß, mit Rücksicht auf die einseitige Erwähnung der Beförderung, nur das fahrlässige Befördern, nicht aber das fahrlässige Entweichenlassen strafbar sei, kann nicht beigestimmt werden. Der Ausdruck

1. Siehe oben Seite 34: Siehe auch M. E. Mayer S. 30/31; Binding S. 595/596; Olshausen, § 121 3c sagt: „Daß der § 347^2 der Beförderung überflüssigerweise nach die Erleichterung zur Seite stellt . . . ."
2. § 121 3c.
3. So auch: Binding II S. 597; Hälschner II S 963; M. E. Mayer, S. 32; Schwartz, § 121 Nr. 3.
4. Frank, § 121 II^2; Liszt-Schmidt, Seite 798.

„befördert" ist weit genug, um jede Art der Fahrlässigkeit zu umfassen. Er setzt nicht notwendig ein positives Handeln voraus. Jede Handlungsweise, ob Tun oder Unterlassen, welche dazu geeignet ist, die Aufhebung der Gefangenschaft irgendwie zu unterstützen oder sich derselben entgegenstellende Hindernisse zu beseitigen, enthält ein „Befördern" dieser Aufhebung.[1])

Die Annahme einer Fahrlässigkeit erfordert nach der Ansicht des Reichsgerichts,[2]) daß der Täter, wenn er bestraft werden soll, nicht nur voraussehen kann, daß seine Handlung für den Gefangenen günstigere Entweichungsbedingungen herbeiführt, sondern auch, daß das Entweichen überhaupt möglich sei, also eine Förderung oder Erleichterung des Entweichens stattfinden könne. Im Falle der Feststellung der Fahrlässigkeit bedarf es des weiteren Nachweises hinsichtlich des, unmittelbaren oder mittelbaren, Kausalzusammenhanges zwischen ihr und der Befreiung oder Entweichung des Gefangenen.[3])

Das fahrlässige Verhalten des Hafthalters, das zu der Entweichung des Gefangenen führt, kann, wie oben erwähnt, in einem Tun oder in einem Unterlassen bestehen. So kann z. B. der Tatbestand der §§ 121[2], 347[2] verwirklicht werden durch vorzeitige Entlassung des Gefangenen, Entlassung mit der Auflage der Rückkehr, Nichtentdecken des Befreiungsplanes, schuldhaft unterlassene oder verzögerte Hinderung des Ausbruchs, schuldhafte Ermöglichung der Befreiung seitens Dritter, unachtsame Lockerung des tatsächlichen Machtverhältnisses durch den Täter selbst usw.[4])

V. Vollendung, Versuch.

Die Delikte der §§ 121, 347 sind vollendet, sobald der Gefangene sich tatsächlich, wenn auch nur vorübergehend, in Freiheit befindet.[5])

Der Versuch ist bei dem Verbrechen der Befreiung durch Beamte (§ 347 StGB.) gemäß der Bestimmung des § 43 RStGB.

1. Bergholter, Gef. Befr. S. 59.
2. Bd. 41 S. 119/120.
3. So: Olshausen, § 347 Nr. 6.
4. Siehe hierzu: Schwartz, § 121 Nr. 3; Binding, Lehrbuch II S. 597.
5. Sie hierzu: RG. E. in Strafs., Bd. 41, 120; Olshausen, § 121 Nr. 2; Hälschner S. 1056.

strafbar. Bei dem Vergehen der Befreiung durch eine Aufsichtsperson nach § 121 RStGB. fehlt die Erwähnung, daß der Versuch, strafbar sei; folgedessen ist hier, da es sich um ein Vergehen handelt, keine Handhabe zu einer Bestrafung gegeben. Diese Regelung scheint einem redaktionellen Versehen des Gesetzgebers entsprungen zu sein: denn es ist nicht einzusehen, ja gerade unbillig, daß der Versuch des Vergehens nach § 120, bei dem es sich um dritte Personen handelt, bestraft wird, der Versuch des § 121, dessen Täter Personen sind, die für den Gefangenen verantwortlich sind, straffrei bleiben soll.

§ 4.

Die Selbstbefreiung der Gefangenen.

I. Straflosigkeit der Selbstbefreiung.

Die Selbstbefreiung eines Gefangenen ist trotz der Rechtswidrigkeit dieser ein subjektives Recht des Staates verletzenden Handlung[1]) nicht unter Strafe gestellt.[2]) Der Grundsatz der Straflosigkeit der Selbstbefreiung[3]) hat sich in der modernen Gesetzgebung allgemein durchgesetzt. Maßgebend hierfür war vor allem der Umstand, daß man den Drang des Menschen zur Freiheit als etwas Naturgegebenes, Triebhaftes anerkannte, den man sich scheute in die Fesseln einer gesetzlichen Norm zu schlagen und für dessen Durchsetzung eine Kriminalstrafe nicht am Platze erschien.[4])

Allein diese humane Stellungnahme des Gesetzgebers wird in gewisser Beziehung dadurch illusorisch gemacht, daß eine disziplinarische Bestrafung der Selbstbefreiung stattfindet. Ja, es muß gesagt werden, daß die oft angewandten, scharfen Disziplinarstrafen, wie z. B. Schmälerung der Kost, Entziehung des Bettlagers, Entziehung der Arbeit, Verdunkelung der Zelle usw. den Gefangenen vielfach härter treffen als eine Kriminalstrafe, die lediglich in einer Verlängerung der abzubüßenden Freiheitsstrafe bestehen könnte. M. E. Mayer[5]) hat deshalb die Frage aufgeworfen, ob nicht gerade im Interesse der Humanität, die man wahren wolle, eine kriminelle Strafe am Platze sei.

1. Ebermayer, S. 11;
2. Die Straflosigkeit der Selbstbefreiung geht aus dem Wortlaut des § 120 RStGB. hervor, das Gesetz läßt den Gefangenen, der sich selbst befreit, infolge Nichterwähnens straflos.
3. Böhmer stellte als erster diesen Grundsatz ausdrücklich auf: Meditationes Seite 877/78.
4. Siehe hierzu: RG. E. in Strafs. Bd. 3, 140: . . . . „wenn das Gesetz hiernach aus humanen Beweggründen dem Freiheitsdrange eines Menschen glaubte Rücksicht schenken zu sollen . . . .
5. M. E. Mayer, Gef. Befr., S. 12.

Eine Anzahl von Schriftstellern[1]) führt gegen die Straflosigkeit der Selbstbefreiung folgendes an: Die zugesicherte Straflosigkeit reize den Täter geradezu zur Durchbrechung des staatlichen Haftrechtes an. Der natürliche Trieb, der den Gefangenen hier zu seiner Befreiung dränge, sei bei anderen Delikten in gleichem Maße vorhanden, so etwa beim Mundraub als Nahrungstrieb, bei den Verbrechen wider die Sittlichkeit als Geschlechtstrieb. Sowohl der Geschlechtstrieb aber wie der Nahrungstrieb würden bestraft, wenn sie die gesetzlichen Schranken durchbrächen. Wenn auch der Mundraub, die deliktische Äußerung des Nahrungstriebes, als stark privilegierter Diebstahl behandelt werde, eine strafbare Handlung enthalte er auf jeden Fall. Es sei nicht einzusehen, weshalb ein Mensch, der zur Stillung seines Hungers, meist ohne an die Folgen zu denken, ein Stück Brot wegnähme, bestraft werden solle, ein Gefangener dagegen, der nach reiflicher Ueberlegung den Entschluß zu fliehen ausführe, straflos ausgehen solle. Außerdem habe der Staat ein Interesse daran, daß die durch die Hafthaltung unschädlich gemachten verbrecherischen Individuen nicht von neuem die öffentliche Sicherheit durch ihre Befreiung bedrohten. Es erscheine also ratsam, die Straflosigkeit der Selbstbefreiung wieder zu beseitigen.

Gegen diese Ausführungen lassen sich meines Erachtens keine stichhaltigen Gegengründe ins Feld führen. Die Entziehung des Gefangenen aus der Haft ist ein Eingriff in die Strafvollstreckungsgewalt des Staates, ein Angriff gegen den Staat selbst und somit eine strafwürdige Handlung, einerlei ob sie von dritten Personen oder von dem Gefangenen selbst verursacht wird.[2]) Auch sind, wie wir oben gesehen haben, noch andere Gründe vorhanden, die eine Bestrafung der Selbstbefreiung rechtfertigen würden. Aber für den Gesetzgeber gibt es gewisse Fälle, in denen neben der reinen Zweckmäßigkeit ideelle Momente gewürdigt werden müssen. Die Freiheit ist eines der höchsten Güter des Menschen überhaupt, und vor allem der Staat hat ein Interesse daran, daß bei seinen Gliedern das Freiheitsgefühl stets lebendig bleibt, da nur dieses das Selbstbewußtsein und die Unabhängigkeit eines Staates verbürgen kann.

1. Siehe hierzu: Stanke, S. 37 ff; Heß, S. 61 ff; Wächter, Lehrbuch des Strafrechts II S. 497 ff.
2. Siehe hierzu auch: Heß, Gef. Befr. S. 67.

Es ist daher auch verständlich, wenn der Gesetzgeber dem Freiheitsdrang des Einzelindividuums in weitgehendstem Maße Rechnung trug und in dem Streben eines in seiner Freiheit Eingeschränkten nach Ungebundenheit nichts Strafwürdiges erblickte. Schließlich muß auch der Freiheitsdrang des Menschen von einer höheren ethischen Warte aus betrachtet werden als z. B. der Geschlechts- oder der Nahrungstrieb, die beide viel niederen Instinkten des Menschen entspringen.

So hat sich denn die Straflosigkeit der Selbstbefreiung im Laufe der Zeiten gleichsam als „lex nata" durchgesetzt[1]) und ist heute fast überall anerkannt. Wenn auch, wie wir oben gesehen haben, manch triftige Gründe vorhanden sind, die eine andere Regelung erwünschen ließen, so kann man doch mit der jetzigen Rechtslage, die nun einmal der Natur und dem Wesen des Freiheitsdranges Rechnung trägt, einverstanden sein. Selbstverständlich ist im Fall einer Selbstbefreiung bei einer Verhängung von Disziplinarstrafen darauf Rücksicht zu nehmen, daß diese auf die richtigen Grenzen beschränkt werden und nicht den humanen Beweggründen des Gesetzgebers ins Gesicht schlagen.

II. Strafbarkeit der Selbstbefreiung.

Der § 79 M.St.G.B. bedrohte die Selbstbefreiung eines Gefangenen aus militärischem Gewahrsam mit Freiheitsstrafe bis zu 6 Monaten. (In leichteren Fällen war Ahndung im Disziplinarweg zulässig. Vergl. hierzu § 3 Abs. 2 Ziff. I. E. G. z. M. St. G. B.) durch das Vereinfachungsgesetz ist nunmehr der § 79 M. St. G. B. weggefallen; es kommt nun, soweit nicht etwa Straftaten gegen die §§ 64, 69 ff. vorliegen, bei Selbstbefreiung aus militärischem Gewahrsam nurmehr Disziplinarstrafe in Anwendung.[2])

Nach dem § 159[1] M. St. G. B. wird ein Kriegsgefangener, welcher unter Bruch des gegebenen Ehrenwortes entweicht, oder, auf Ehrenwort entlassen, die gegebene Zusage bricht, mit dem Tode bestraft. Als eine Selbstbefreiungshandlung kommt nur der Tatbe-

1. Siehe hierzu: Bergholter S. 74; Hofmann S. 48.
2. So: Wilh. Fuhse: M. St. G. B. in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. 6. 26 Seite 68.

stand des „Entweichens trotz gegebenen Ehrenwortes, dies nicht zu tun" in Frage. Zum Wesen der Entweichung gehört, daß der Gefangene sich seiner Gefangenschaft in der Absicht entzieht, der feindlichen Gewalt zu entrinnen und den ihm zugewiesenen Aufenthalts- oder Internierungsort dauernd zu verlassen. Fehlt diese Absicht, so liegt nur unerlaubte Entfernung im weiteren Sinne vor.[1])

III. Teilnahme des Gefangenen an seiner eigenen, von einer dritten Person ins Werk gesetzten Befreiung.

Eine der am meisten und heftigsten in der Literatur erörterten Streitfragen unserer Materie ist die, ob sich ein Gefangener durch Anstiftung oder Beihilfe zu seiner Befreiung durch andere strafbar machen kann. Im Brennpunkt des Streites steht eine Entscheidung des Reichsgerichts in Band 3 Seite 140,[2]) die diese Frage bejaht. In den Gründen des Urteils wird hierzu ausgeführt, aus dem die Tätigkeit Dritter behufs der Befreiung eines Gefangenen mit Strafe bedrohenden § 120 RStGB. ergebe sich, daß zwar die von einem Gefangenen mittels seiner eignen Tätigkeit bewirkte Befreiung seiner selbst straflos sei. Damit aber sei dritten Personen nicht das Recht gewährt, unmittelbare Eingriffe in die von der Obrigkeit angeordneten Maßregeln zu verüben. Die dem Freiheitsdrange eines Menschen aus humanen Beweggründen Rechnung tragende Intention des Gesetzgebers führe nicht zu der Erwägung, auch jene Handlungen der Strafbarkeit des Gefangenen zu entziehen, durch welche er die Ursache der verbrecherischen Tätigkeit eines anderen geworden sei. Es seien daher auf diesen Fall die allgemeinen Grundsätze über die Teilnahme an strafbaren Handlungen anzuwenden. Durch diese Teilnahme werde eine, von der bloßen Selbstbefreiung verschiedene, selbständige, strafbare Handlung begangen.

Dieser Ansicht des Reichsgerichtes sind beigetreten Schwartz,[3])

1. So: Lambach, Gef. Befr. Seite 42.
2. Siehe ferner: E. Bd. 23, Seite 69; 25, Seite 369.
3. § 120 Nr. 7, mit der Begründung, der Gefangene befreie sich ja nicht selbst, sondern werde von demjenigen befreit, den er angestiftet habe oder dem er helfe.

Hälschner,[1]) Olshausen,[2]) Oppenhoff,[3]) Meves,[4]) Beling[5]) und Wagner.[6]) Die Begründung all dieser Schriftsteller für ihre Stellungnahme läuft auf die Geltendmachung des Grundsatzes, „Teilnahme ist strafbar", hinaus.

Die Argumentation des Reichsgerichts, die sich auf die im Gesetze aufgestellten allgemeinen Grundsätze stützt, ist in sich einwandfrei, läßt es aber unberücksichtigt, daß der Gefangene, der sich als Täter selbst befreit, straflos ist.[7]) Wenn wir uns auf den Standpunkt des Reichsgerichts stellen, so kommen wir zu dem unbefriedigenden Ergebnis, daß eine Person als Haupttäter straffrei, als Teilnehmer aber zu bestrafen ist. Konnte und wollte der Gesetzgeber, der doch dem Freiheitsdrange des Menschen Rechnung tragen wollte, eine derartige Folgerung ziehen? Wir geben hierauf folgenden Schriftstellern das Wort:

1. Freudenthal:[8])

„In § 120 wird unter anderem mit Strafe bedroht, wer einem Gefangenen zur Selbstbefreiung behilflich ist. Daß die Selbstbefreiung an diesem nicht gestraft werden kann, ist unstreitig; sie ist selbst dann an ihm nicht strafbar, wenn er bei der Selbstbefreiung mit einem anderen, z. B. dem Nichtgefangenen X zusammengewirkt hat. Der Grund liegt darin, daß das Gesetz dem natürlichen Freiheitsdrang des Menschen Rechnung trägt. Nun liegt in der Selbstbefreiung des Gefangenen die Verletzung des durch § 120 geschützten Rechtsgutes, nämlich der obrigkeitlichen Gewalt. — Ist der Gefangene nicht einmal für die, sei es ohne den anderen, sei es mit ihm zusammen, begangene Verletzung strafbar, so kann er erst recht nicht für die bloße Gefährdung strafbar sein, die darin liegt, daß er den

1. Hälschner II S. 960, mit dem Bemerken, daß die Teilnahme de lege ferenda straflos sein solle.
2. Olshausen, § 120.
3. § 129 Nr. 10.
4. in Goltd. Archiv, Bd. 37 S. 172.
5. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft: Bd. 18 S. 271. mit der Begründung, der Gefangene wähle dadurch, daß er eine andere Person anstifte oder unterstütze, ein strafbares Mittel, nämlich das strafbare Tun Dritter.
6. Seite 41.
7. Ähnlich auch M. E. Mayer, Gef. Befr. Seite 14.
8. Die notwendige Teilnahme am Verbrechen, Seite 117—119.

anderen dazu bestimmt hat, ihm bei der Selbstbefreiung behilflich zu sein".

2. Köhler:[1])

„Da der Schwerpunkt im geltenden Recht in der Beförderung des verbotenen Erfolgs, nicht aber in der Hereinziehung anderer in das Verbrechen liegt, kann derjenige, dem die Erfolgsverursachung persönlich nicht verboten ist, auch nicht wegen Benützung anderer Kräfte zu seiner Herbeiführung bestraft werden. Ist er kein tauglicher mittelbarer Täter, dann ist er auch kein tauglicher Anstifter und Gehilfe".

3. Allfeld:[2])

„Auszunehmen von der Strafbarkeit der Teilnehmer ist der Fall, wenn das Gesetz eine Teilnahmehandlung unter besondere Strafe gestellt, die Haupthandlung aber straflos gelassen hat und nun derjenige, dem die Teilnahmehandlung zugute kommen soll, an dieser selbst wiederum teilnimmt". Allfeld hält deshalb auch einen Gefangenen, der einen anderen angestiftet hat, ihn zu befreien oder ihm zur Selbstbefreiung behilflich zu sein, nicht für strafbar, da die Selbstbefreiung ebenfalls straflos sei.[3])

4. M. E. Mayer:[4])

„Bedroht das Gesetz von zwei notwendig beteiligten Personen bloß eine mit Strafe, so ist die andere straflos, selbst wenn sie mehr tut als begrifflich notwendig ist. So bleibt z. B. die minderjährige Schülern straffrei, auch wenn sie die unzüchtigen Handlungen ihres Lehrers (§ 174 Ziff. 4) provoziert hat (Anstiftung). Zu Unrecht wird dieser Regel die Anerkennung versagt. Die Gegner machen geltend, daß Anstiftung und Beihilfe allgemein unter Strafe gestellt sind, berufen sich also auf die §§ 48 und 49; die Verteidiger variieren den Gedanken, daß wer als Täter straflos ist, erst recht es als Anstifter oder Gehilfe sein muß; da von diesen einander feindlichen Argumentationen, von denen jede an und für sich zutrifft, eine weichen muß, kann es nur die erste sein, nämlich weil der

1. Lehrbuch, Seite 508.
2. Allfeld, Lehrbuch, Seite 210.
3. Siehe Allfeld, Lehrbuch, Seite 210 Anm. 38.
4. Lehrbuch, Allgem. Teil Seite 386/87. Siehe ferner Gef. Befr., Seite 14/15.

zweiten als der spezielleren der Vorrang gebührt. Deutlicher ist jedoch, vom Wesen des Strafausdehnungsgrundes auszugehen. Dann erscheint es widerspruchsvoll, denjenigen Tatbestand, der einen Personenkreis nur als Tatobjekt kennt, so weit auszudehnen, daß derselbe Personenkreis zum Tatsubjekt wird. Man darf nicht vergessen, daß niemand bloß auf Grund des § 48 oder des § 49 strafbar sein kann (vgl. oben S. 375); in der zweiten in Betracht kommenden Bestimmung wird aber die strittige Person lediglich als Tatobjekt erwähnt. Gerade das wird in der dogmatischen Begründung der Gegner übergegangen; gerade deswegen wird ihr Ergebnis als ungerecht empfunden. Dem Gefangenen, der sich selbst befreit, die Strafe zu ersparen, weil das Gesetz, den natürlichen Freiheitsdrang achtend, ihn nur als Befreiungsobjekt kennt, aber dem Gefangenen, der irgendwen anstiftet, ihm die Freiheit zu verschaffen, die Strafe aufzubürden, und zwar gerade auf Grund der Bestimmung, die ihn nur als Objekt kennt (§§ 120, 121, 347), das ist ebensosehr eine Verirrung der Dogmatik wie des Rechtsgefühls.

Gegen die Ansicht des Reichsgerichts hat sich ferner noch eine große Anzahl anderer Schriftsteller ausgesprochen.[1])

Da spezielle Regeln den allgemeinen vorgehen, kann man sich der Ansicht M. E. Mayer's, daß die allgemeinen Vorschriften über die Teilnahme im vorliegenden Falle zurückgestellt werden müssen, nicht verschließen. Ebenso wendet sich Köhler mit Recht gegen die Begründung des Reichsgerichts, die in der Verletzung des Verbotes, andere nicht in Schuld und Strafe zu führen, eine Handhabe zur Bestrafung erblickt, indem er behauptet, daß der Schwerpunkt unseres geltenden Rechtes in der Beförderung des verbotenen Erfolges liege. Die Argumentationen der übrigen Gegner des Reichsgerichts, die fast sämtlich in der These gipfeln:

„Wer als Täter straflos ist, kann erst recht nicht bestraft werden, wenn er eine dritte Person hierzu anstiftet oder unter-

1. Binding, Lehrbuch II, 591; Kohler, Studien aus dem Strafrecht, 1890, Seite 135/136; Herzog, Im Gerichtsaal, Bd. 34, Seite 81; Zeitschrift für Strafrechtswissenschaft, Bd. 3, Seite 180; Roitsch, Seite 44; Klemm, Seite 56; Lambach S. 22; Brügger, Seite 21; Heß, Seite 66, Hofmann, Seite 61.

stützt", würden m. E. allein schon genügen, um die Stellung des Reichsgerichts als unhaltbar darzustellen.

Das Ziel des Gefangenen ist, ob er nun einen anderen zu seiner Befreiung anstiftet oder diese allein ins Werk setzt, auf den Bruch des Haftrechtes gerichtet. Es ist daher verkehrt, wenn das Reichsgericht die Anstiftung zu Selbstbefreiung als eine selbständige, strafbare Handlung betrachtet, ich möchte sie im Gegenteil eher als ein „strafloses Mittel" zur Erreichung der Selbstbefreiung bezeichnen.

Trotz der vielen Angriffe hat das R. G. bis jetzt auf seiner in Bd. 3 S. 140 begründeten Strafbarkeit der Teilnahme des Gefangenen an seiner eigenen Befreiung festgehalten. Es ist zu bedauern, daß es sich dabei so an die buchstäbliche Anwendung der Teilnahmebestimmungen geklammert hat, daß es hierüber den vernünftigen Willen des Gesetzgebers vergessen und das Rechtsgefühl schwer verletzt hat.

§ 5.

Verhältnis der Gefangenenbefreiung zu anderen Delikten.

I. Die Gefangenenmeuterei.

Das Strafgesetzbuch versteht unter Gefangenenmeuterei die widerrechtliche Auflehnung von zusammengerotteten Gefangenen gegen ihre Hafthalter und stellt dem gleich das Unternehmen eines gewaltsamen Ausbruches.[1]) Die Gefangenenmeuterei wird oft schlechthin als eine strafbare Art der Selbstbefreiung aufgefaßt. Diese Kennzeichnung kann indessen nur für den zweiten dieser vorgenannten Tatbestände gelten, da nur dieser verlangt, daß die Gefangenen einen Ausbruch unternehmen und auf diese Art sich befreien, und ist insofern falsch und einseitig, als der Gefangene durch die Verwirklichung des Tatbestandes des § 122 Abs. 2 zweierlei erreicht:

a) befreit er sich selbst,

b) ist er anderen zu ihrer Befreiung behilflich.

Wir kommen daher zu dem Ergebnis, daß hier Selbstbefreiung und Befreiung anderer miteinander konkurrieren. Die Handlung des § 122 Abs. 2 RStGB. stellt sich einerseits dar als eine Art qualifizierter Selbstbefreiung, andererseits als eine Qualifikation der Befreiung Gefangener im Sinne des § 120 RStGB. (Der Gesetzgeber will in beiden Fällen die unter diesen besonderen Umständen erfolgten Befreiungshandlungen treffen).

Nach der herrschenden Ansicht[2]) genügt es für die Anwendung des § 122 Abs. 2 RStGB., wenn das Ziel der Zusammenrottung die Befreiung auch nur eines der zusammengerotteten Gefangenen bildet, es wird also nur eine Befreiungshandlung gefor-

1. Diese letztere Art von Meuterei kann nur durch Gewaltanwendung gegen Sachen begangen werden, z. B. durch Einschlagen von Fenstern, Durchbrechen von Wänden usw.

2. So: Ebermayer. § 122 Nr. 5; Olshausen. § 122 Nr. 7; Frank, § 122 I 2d; Rg. Goltd. A. Bd. 29, Seite 236.

dert. Diese Ansicht ist bedenklich. Der Wortlaut des § 122 Abs. II verlangt, daß „Gefangene" einen Ausbruch unternehmen, also kann der Tatbestand des § 122 Abs. 2 nicht erfüllt sein, wenn etwa nur „ein Gefangener" ausbricht.[1])

Nach all dem Gesagten erweist sich die Gefangenenmeuterei nach § 122 Abs. 2 als ein Delikt, dessen Tatbestand neben verschiedenen anderen Voraussetzungen (Zusammenrottung, Gewaltanwendung gegen Sachen) auch die oben erwähnten Befreiungshandlungen erfordert, das aber sonst zu den übrigen Delikten der Gefangenenbefreiung in keinem besonderen Verhältnis steht.

Da der Tatbestand des § 122 Abs. 1 keinen Fall des Haftbruches erfordert, so liegt es hier außerhalb unserer Aufgabe auf diesen näher einzugehen.

II. Widerstand nach § 113 RStGB.

Die Befreiung eines Gefangenen wird sehr häufig nur dadurch möglich sein, daß der Befreier Gewalt gegen den Hafthalter anwendet. In allen diesen Fällen wird sich der Befreier außer eines Deliktes nach § 120 RStGB. auch eines Vergehens nach § 113 RStGB. schuldig machen.[2]) Widerstand und Gefangenenbefreiung stehen dann im einheitlichen Zusammentreffen zueinander.

Aus der Tatsache, daß die Selbstbefreiung straflos ist, könnte man schließen, daß es auf die Art und Weise, wie der Gefangene dieses Ziel erreicht, nicht ankomme. Das würde jedoch zu unhaltbaren Zuständen führen. Das Gesetz läßt nur das einfache, ohne Gewalt oder Drohung mit Gewalt begangene Entweichen straflos. So fällt sowohl der bei der Festnahme als auch der nach der Festnahme erfolgte Widerstand gegen den Hafthalter unter die Bestimmung des § 113 RStGB.

1. Siehe hierzu auch: Binding II 594, der eine Meuterei des § 122 Abs. 2 um nur einen einzigen Gefangenen zu befreien, juristisch für unmöglich hält.
2. z. B. der X hat dem Hafthalter einen Stoß gegeben und ihn zurückgeschleudert, damit er den gefesselten Gefangenen loslasse. Hier hat sich X eines Vergehens des Widerstands nach § 113 in Tateinheit mit einem Vergehen der Gefangenenbefreiung nach § 120 schuldig gemacht.

III. Begünstigung.

Nach der herrschenden Lehre[1]) und nach der Ansicht des Reichsgerichts[2]) ist zwischen Begünstigung und Befreiung eines Gefangenen Idealkonkurrenz anzunehmen. Eine Anzahl von Schriftstellern behauptet, daß zwischen beiden Delikten eine Idealkonkurrenz unmöglich sei, es könne sich nur um eine Gesetzeskonkurrenz handeln. Zur Begründung wird hiefür teils angeführt, der Haftbruch sei nur ein besonderer Fall der Begünstigung,[3]) teils umgekehrt behauptet, der Tatbestand der Begünstigung trete hinter den der Befreiung zurück. Letztere Ansicht wird insbesondere von Köhler[4]) vertreten, der hierüber folgendes ausführt: „Die Beistandsleistung durch Vereitelung der Strafvollstreckung ist Begünstigung. Gegenüber der Gefangenenbefreiung tritt die Begünstigung subsidiär zurück. Obwohl nicht jede Gefangenenbefreiung die Entziehung von der Bestrafung bezweckt, so ist doch dieser Fall der normale und der Begünstigungsvorsatz in den zitierten Paragraphen mit enthalten. Auch der Umstand steht nicht entgegen, daß die Vorstellung, der Täter habe mindestens ein Verbrechen begangen, bei der Gefangenenbefreiung fehlen kann, da auch bei der Begünstigung eine positive Vorstellung, daß mindestens ein Vergehen vorliegt, nicht zu bestehen braucht. Gegenüber dem Eingriff in die Rechtspflege, die in der vorsätzlichen Gefangenenbefreiung liegt, enthält die Vorstellung, durch diesen Eingriff die Bestrafung zu vereiteln, keine selbständige Schuld, welche nicht bereits in der Beistandsleistung, die bei der Befreiung vorsätzlich geleistet wird, als regelmäßiger Fall mitgewürdigt wäre".

Der Annahme einer Gesetzeskonkurrenz steht der Umstand entgegen, daß der Charakter der fraglichen Delikte ein völlig verschiedener ist: während als Schutzobjekt der Begünstigung das

1. Olshausen: § 120 Nr. 8, § 257 Nr. 20; Frank, § 130 VIII; Ebermayer, § 120 Nr. 7; Schwartz, § 120 Nr. 9; Binding, Lehrbuch II 589; Oppenhoff, § 120 Anm. 12; Gretener, Begünstigung und Hehlerei 1879, S. 148 ff.; Heß S. 77; Klemm S. 58 ff; Roitsch S. 70 ff; Lambach S. 28 ff; Stanke S. 72 ff; Bergholter S. 67 ff.
2. E. in Strafs. Bd. 7 S. 244.
3. Hälschner II S. 961; v. Schwarze, § 120; Geyer in H. H. II S. 424.
4. Gerichtssaal, Band 61. Seite 70; siehe auch: M. E. Mayer, Seite 33.

staatliche Strafrecht anzusehen ist, ist das der Gefangenenbefreiung das staatliche Haftrecht. Wohl kann auch durch das Delikt der Gefangenenbefreiung ein Strafrechtsanspruch des Staates vereitelt werden, aber es ist nicht immer der Fall. Es wird nur dann zutreffen, wenn der Gefangene, der befreit wird, ein Strafgefangener ist. Als Objekt der Gefangenenbefreiung kommen aber, wie wir oben gesehen haben, neben Strafgefangenen auch Zivil- und Administrativgefangene in Frage, eine Begünstigung im Sinne des Gesetzes ist aber nur zugunsten von Strafgefangenen möglich.

Aber auch was Tatbestand, Vorsatz und den Umfang des Strafrahmens anbelangt, unterscheiden sich die Delikte der Gefangenenbefreiung sehr wesentlich von dem der Begünstigung. Das Reichsgericht hat in seiner Entscheidung im 7. Band S. 245 treffend diese Kontraste herausgearbeitet und ist dabei zu folgendem Ergebnis gekommen: „Der begriffliche Tatbestand des § 120 und der des § 257 liegen vollkommen getrennt nebeneinander. Während die erstere Strafvorschrift objektiv nur die Tatsache einer durch die Staatsgewalt verwirkten Gefangenschaft und den durch vollendete oder versuchte Befreiung verwirklichten Angriff gegen diesen Akt der Staatsgewalt, subjektiv nur das Bewußtsein der Gefangenschaft, bzw. den Vorsatz der Aufhebung derselben voraussetzt, erfordert der § 257 objektiv das Vorliegen eines verübten Verbrechens oder Vergehens, subjektiv die Wissenschaft hiervon, greift aber andererseits unter solcher Voraussetzung objektiv wiederum weit über die Grenzen selbst des strafbaren Versuchs einer Gefangenenbefreiung hinaus und ahndet als strafbare Begünstigung selbst Modalitäten der Beistandsleistung, welche vom Gesichtspunkte des § 120 kaum als straflose Vorbereitung einer Gefangenenbefreiung in Betracht kommen können. Die abstrakten Begriffsmerkmale des einen und des anderen Reates decken sich daher in keiner Weise. Der Tatbestand der vollendeten oder versuchten Befreiung eines Strafgefangenen oder Untersuchungsgefangenen erfüllt an sich schlechterdings nicht den Tatbestand der Begünstigung im Sinne des § 257 StGB. und es ist daher eine unhaltbare Aufstellung, daß das Reat des § 120 StGB. als ein gesetzlich ausgezeichneter Fall des § 257 StGB. aufzufassen sei. Hieraus ergibt sich, daß eine notwendige, eine sogenannte Gesetzeskonkurrenz zwischen dem § 120

und § 257 StGB. nicht besteht, daß aber im konkreten Fall durch eine und dieselbe Handlung der Tatbestand sowohl des § 120 wie des § 257 StGB. erfüllt werden kann und daß, wenn diese Voraussetzung zutrifft, lediglich die Grundsätze von der Idealkonkurrenz Platz zu greifen haben".

Sonach geht deutlich hervor, daß die Gefangenenbefreiung keine spezielle Form der Begünstigung, sondern ein von dieser losgelöstes, in mancher Beziehung wohl verwandtes Delikt ist. Andererseits kann wohl zugegeben werden, daß in den meisten Fällen die Gefangenenbefreiung als Mittel der Begünstigungsabsicht dient[1]) und der Vorsatz des Haftbruches zugleich den Begünstigungsvorsatz mit enthält. Aber damit ist nicht gesagt, daß, wer einen Gefangenen befreit, ihn auch begünstigen müsse. Die Konkurrenz ist oft nur eine tatsächliche, ohne daß sie dem Täter selbst zum Bewußtsein kommt. Tut sie es aber, so verletzt dieser, wie wir oben gesehen haben, zwei verschiedene Rechte des Staates, begeht also eine doppelte Normwidrigkeit. Unter diesen Umständen kann aber ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen Begünstigung und Gefangenenbefreiung nicht angenommen werden.

IV. Verhältnis von Gefangenenbefreiung und Landesverrat:

Erfolgt die vorsätzliche Befreiung oder Entlassung eines Kriegsgefangenen in landesverräterischer Absicht, so kann dadurch sowohl ein Delikt des Landesverrats als eines der Gefangenenbefreiung begangen werden. Die beiden Handlungen stehen dann miteinander in Idealkonkurrenz.

Handelt es sich hierbei um einen Kriegsverrat im Sinne des § 58 Ziffer 11 M. St. G. B., so wird der § 58 Ziff. 11 M. St. G. B. als lex specialis den Bestimmungen der Gefangenenbefreiung im StGB. vorgehen. Eine Bestrafung kann in diesem Falle nur aus der Bestimmung des § 58 Ziff. 11 M. St. G. B. erfolgen.

1. Binding II 598.

V. Verhältnis des Haftbruches zu § 76 R. J. W. G.

Wie wir oben gesehen haben, ist in gewissen Fällen die Befreiung von Fürsorgezöglingen aus der Gewalt der Anstalt als Gefangenenbefreiung im Sinne des § 120 RStGB. zu bestrafen. Durch diese Handlung verwirklicht der Täter nicht nur den Tatbestand des § 120 RStGB., sondern verstößt damit auch gegen § 76 J. W. G., da er einen Minderjährigen, bezüglich dessen das gerichtliche Verfahren auf Unterbringung zur Fürsorgeerziehung eingeleitet oder die Unterbringung zur Fürsorgeerziehung angeordnet ist, der angeordneten Fürsorgeerziehung entzieht. Bei der Frage, in welchem Verhältnis die beiden Delikte zueinander stehen, wird man Gesetzeskonkurrenz annehmen müssen, da der Tatbestand des § 120 RStGB. gegenüber dem des § 76 J. W. G. als der speziellere angesehen werden muß.[1])

1. Siehe hierzu: Olshausen, § 120 Nr. 8; Ebermayer, § 120 Nr. 7, Aschrott: Fürsorgeerziehung Minderjähriger, § 21 Nr. 1.

II. Teil.

Der Entwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1927.

Allgemeines.

Die Reformarbeiten zu einem deutschen Reichsstrafgesetzbuch, die jetzt über 2 Jahrzehnte in Gang sind, haben die Vorschriften des geltenden Rechtes über die Gefangenenbefreiung in ihren Grundzügen übernommen. Sie sind ebenfalls davon ausgegangen, daß das auf den Bruch des staatlichen Haftrechtes gerichtete Unternehmen sich als ein Widerstand (Vorentwurf von 1909), ein Angriff (Kommissionsentwurf von 1913), eine Auflehnung (Entwurf von 1919) gegen die Staatsgewalt darstelle und daher als strafbar zu erklären sei, falls es von einer anderen Person, als dem Gefangenen selbst begangen werde.

Im Entwurf von 1927 sind die Delikte des Haftbruches im 8. Abschnitt des besonderen Teiles behandelt, der die Ueberschrift trägt: „Auflehnung gegen die Staatsgewalt". Aus dieser Anordnung im System des Gesetzes geht hervor, daß auch dieser die Gefangenenbefreiung als ein Vergehen gegen das staatliche Haftrecht betrachtet wissen will. Es kommen also auch hier nur „Staatsgefangene" in Frage.

Der Entwurf von 1927 ist das Ergebnis jahrelanger Reformbestrebungen und hat sich aus den ihm vorhergehenden Entwürfen entwickelt. Es wird daher an den Stellen, wo es zur Erklärung und Begründung mancher Bestimmungen erforderlich erscheint, auf diese zurückzukommen sein.

§ 1.

Begriff des Gefangenen.

Wie das geltende Recht, so spricht auch der Entwurf von 1927 von Gefangenen, unterläßt es jedoch ebenfalls eine Definition dieses Begriffs zu geben. Der § 158 trägt wohl die Überschrift „Begriff des Gefangenen". Der Zweck dieser Vorschrift ist jedoch lediglich der, über die von dem Entwurf geschaffenen Fälle zwangsweiser Festhaltung Klarheit zu schaffen,[1]) indem er diese ausdrücklich einem Gefangenenverhältnis gleichstellt; eine Auslegung des Haftbegriffes im übrigen gibt sie nicht.[2])

Im allgemeinen wird das, was oben über den Gefangenenbegriff ausgeführt wurde, auch hier gelten können. Sonach ist auch im Sinne des Reichstagsentwurfes als Gefangener derjenige anzusehen, dem in gesetzlich gebilligter Form, aus Gründen des öffentlichen Interesses die persönliche Freiheit entzogen ist und der sich infolgedessen tatsächlich in der Gewalt der zuständigen Behörde befindet.

Wie wir oben gesehen haben, herrscht im geltenden Recht der Hauptstreit darüber, ob gewisse Personen, die auf behördliche Anordnung hin in einer Anstalt untergebracht sind, zu den Gefangenen gehören oder nicht. Im Gegenentwurf zum Vorentwurf von 1911 wurde zum ersten Male versucht im Wege der Gesetzgebung eine Lösung dieser zweifelhaften, aber sehr wichtigen Fragen herbeizuführen, indem man in § 139 Abs. 1 ausdrücklich die Gleichstellung der behördlichen Verwahrten mit den Gefangenen forderte, da das geltende Recht zur Bestrafung der Befreiung dieser nicht ausreiche. Als Begründung hiefür wurde ausgeführt, die Befreiung dieser Personen bedeute für die Allgemeinheit — insbesondere in den Großstädten — eine schwere Gefahr; gleichzeitig aber sei sie, wenn die Verwahrung auf behördliche Anordnung hin erfolgt sei,

1. Siehe hierzu: Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches. Drucksachen des Reichstags, 3. Wahlperiode 1924/27; Drucksachen Nr. 3390.
2. Um keine Unklarheiten aufkommen zu lassen, wäre es besser den § 158 etwa mit »Fälle der Gefangenschaft« zu überschreiben.

Verletzung einer staatlichen Schutzmaßregel und Mißachtung der Staatsautorität. Nachdem vollends der Vorentwurf (§§ 43, 65, 69) und der Gegenentwurf (§§ 14, 17, 69) in weitem Umfange die gerichtliche Anordnung solcher Verwahrungen vorgeschrieben habe, komme noch hinzu, daß durch die Befreiung der Urteilsvollzug verhindert oder unterbrochen werde. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit, die unterschiedliche Behandlung von „Gefangenen" und anderer auf behördliche Anordnung verwahrter Personen aufzugeben.[1]) Diese Anregung des Gegenentwurfes führte dazu, daß sich der Kommissionsentwurf von 1913 mit der Frage befaßte und in § 201 den gesonderten Tatbestand der „Befreiung von behördlich Verwahrten" aufstellte.

Der Entwurf von 1927 hat die im Kommissionsentwurf vorgeschlagene Regelung übernommen und noch weiter ausgebaut. Er bestimmt in den §§ 158, 159 folgendes:

§ 158.

Begriff des Gefangenen.

„In den Fällen des § 153—157 steht einem Gefangenen gleich, wer in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus untergebracht ist".

§ 159.

Befreiung von behördlich Verwahrten.

„Wer abgesehen von den Fällen der §§ 156, 158 jemand, der auf behördliche Anordnung in einer Anstalt verwahrt wird, aus der Verwahrung befreit oder sein Entweichen erleichtert, wird mit Gefängnis bis zu 2 Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Der Versuch ist strafbar".

Der Entwurf sieht im allgemeinen Teil, 8. Abschnitt, §§ 55 ff. eine Reihe von Fällen vor, in denen jemand, ohne eine Strafe oder eine Untersuchungshaft zu erleiden, in einer Anstalt untergebracht

1. So Begr. zum G. E. S. 157.

ist.[1]) Da diese Fälle mehr oder minder eine Freiheitsentziehung der in diesen Anstalten Untergebrachten darstellen, mußte sich der Gesetzgeber darüber aussprechen, ob diese als Objekt einer Befreiungshandlnug in Frage kommen können. Dies ist durch den § 158 dahin entschieden, daß die gemäß § 58 und 59 in Sicherungsverwahrung oder in einem Arbeitshaus Untergebrachten als Gefangene zu erachten sind. Gleichzeitig geht aber auch daraus hervor, daß in den Fällen der §§ 56, 57, 58[3] des Entwurfs eine Gefangenhaltung nicht angenommen werden kann.

Da aber der Staat an dem ungehinderten Vollzug der durch diese Bestimmungen getroffene Maßnahmen ebenfalls ein großes Interesse hat, wurde zu dessen Schutz der § 159 geschaffen.

Der Strafschutz des § 159 erstreckt sich auf diejenigen Fälle, in denen jemand auf Grund behördlicher Anordnung in einer Anstalt verwahrt ist. Als Objekte der Handlung des § 159 sind hierher zu rechnen die gemäß § 56 in einer Heil- oder Pflegeanstalt und die gemäß § 57 in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt Untergebrachten. Der § 159 findet auch Anwendung auf Fürsorgezöglinge, denn auch diese sind auf Grund behördlicher Anordnung in einer Anstalt verwahrt. Damit ist eine der unter der Geltung des RStGB. heißumstrittensten Fragen durch das Gesetz selbst klar beantwortet. Schüler im Schularrest werden dagegen auch im künftigen Recht nicht als Gefangene angesehen und auch nicht zu den Personen des § 159 gerechnet werden können, da eine „Verwahrung" im Sinne des Gesetzes bei ihnen nicht vorliegt.

Im übrigen wird es auch künftig Aufgabe der Rechtsprechung sein, den Begriff des Gefangenen im einzelnen festzulegen. Aber mit Hilfe der neugeschaffenen §§ 158, 159 wird dies besser und eindeutiger gelingen, wie im geltenden Recht. Mit der Neuregelung des Entwurfs kann man daher wohl einverstanden sein, da sie Klarheit und Bestimmtheit in eine bisher zweifelhafte Materie bringt.

1. z. B.:
§ 56: Unterbringung in einer Heil- oder Pflegeanstalt.
§ 57: Unterbringung in einer Trinkerheil- oder Entziehungsanstalt.
§ 58: Unterbringung in einem Arbeitshaus.
§ 59: Sicherungsverwahrung.

§ 2.

Die Subjekte des Haftbruches.

Das Reichsstrafgesetzbuch hat die Delikte der Gefangenenbefreiung in drei verschiedenen Paragraphen geregelt. Der Entwurf bringt insofern eine wesentliche Vereinfachung, als er die §§ 120, 121, 347 des geltenden Rechtes in den §§ 156, 157 zusammenfaßt.

Diese haben folgenden Wortlaut:

§ 156.

Befreiung von Gefangenen.

„Wer einen Gefangenen befreit oder sein Entweichen erleichtert, wird mit Gefängnis bis zu 3 Jahren bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Handelt der Täter in oder bei Ausübung eines Amtes, so ist die Strafe Zuchthausstrafe bis zu 5 Jahren."

§ 157.

Fahrlässiges Entweichenlassen von Gefangenen.

„Wer fahrlässig einen Gefangenen, bei dessen Bewachung er mitzuwirken hat, entweichen läßt oder sein Entweichen erleichtert, wird mit Gefängnis bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe bestraft."

Während das Reichsstrafgesetzbuch, je nach den verschiedenen Tätergruppen drei Tatbestände der Gefangenenbefreiung aufstellt, unterscheidet der Entwurf in der Hauptsache zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Begehung des Deliktes und vereinigt dementsprechend in § 156 die Tatbestände der §§ 120, 121 Abs. 1, 347 Abs. 1 des Reichsstrafgesetzbuches, in § 157 die der §§ 121 Abs. 2, 347 Abs. 2 des Reichsstrafgesetzbuches.

Als Subjekte des § 156, der vorsätzlichen Gefangenenbefreiung können in Frage kommen:

1. Dritte Personen,

2. Personen, die bei der Bewachung eines Gefangenen mitzuwirken haben,[1])
3. Personen in oder bei Ausübung eines Amtes.

Was die Personen unter 1. und 2. betrifft, so kann für sie gelten, was oben bei der Behandlung des geltenden Rechtes ausgeführt wurde. Dagegen muß auf die Tätergruppe unter 3. näher eingegangen werden.

Der Entwurf droht in § 156 Abs. 3 eine schärfere Strafe an für den Fall, daß der Täter „in oder bei Ausübung eines Amtes handelt". Hierunter werden zunächst wohl alle beamteten Hafthalter im Sinne des Reichsstrafgesetzbuchs in Ausübung einer Amtstätigkeit zu verstehen sein. Die Bestimmung des § 156 Abs. 3 ist aber weiter und umfaßt auch allgemein alle sogenannten „Amtsträger".

Der Entwurf hat den Beamtenbegriff des § 359 RStGB., der an das Anstellungsverhältnis anknüpft, aufgegeben und in § 9 einen neuen Begriff, den des Amtsträgers aufgestellt. Er erläutert diesen Begriff dahin, daß hierunter jeder zu verstehen ist, der bestellt ist, ein öffentliches Amt auszuüben. Hieraus ergibt sich, daß der Personenkreis, auf den die vom Entwurf für Amtsträger getroffenen Bestimmungen Anwendung finden sollen, noch über den vom Reichsgericht umschriebenen Kreis hinausgeht: Zu ihm gehört auch jeder Nichtbeamte, der bestellt ist, ein öffentliches Amt auszuüben, insbesondere also die Träger von öffentlichen Ehrenämtern, wie z. B. Schöffen, Geschworene und andere Laienbeisitzer der Gerichte, Mieteinigungsämter und ähnlicher Stellen, ferner die Personen, die zum Reich oder zu einem Land oder zu einer dem Staat untergeordneten Körperschaft des öffentlichen Rechtes in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis stehen, sofern ihre Tätigkeit sich als Ausübung eines öffentlichen Amtes darstellt, wie z. B. nichtbeamtete Strafanstaltsärzte.[2])

Nach der Ansicht des Verfassers können zu der Tätergruppe unter 3. auch Personen gerechnet werden, die auf Grund eines Auftrages die Bewachung des Gefangenen übernommen haben, sofern in

1. Diese sind in § 156 nicht ausdrücklich aufgeführt: Aus ihrer Nichterwähnung durch den Gesetzgebeber geht ihre Gleichstellung mit den Personen unter 1.) hervor.
2. So: Begründung zum Entwurf von 1927, Seite 11.

der Beauftragung zugleich die Bestellung zu einem öffentlichen Amt zu erblicken ist. Ist dies nicht der Fall, so kann ihre Bestrafung nur aus § 156 Abs. 1 erfolgen.

Die Ausdrucksweise „in oder bei Ausübung eines Amtes" weist ferner daraufhin, daß eine verschärfte Haftbarkeit des Beamten oder Amtsträgers im Sinne des § 156 nur eintritt, wenn er eine Gefangenenbefreiung in zeitlicher Verbindung mit seiner Amtsausübung begeht.[1])

Als Täter des § 157, der fahrlässigen Gefangenenbefreiung kommt in Betracht, „wer bei der Bewachung des Gefangenen mitzuwirken hat". Der Entwurf hat es nicht für nötig gehalten, neben der Bewachung noch die Begleitung und Beaufsichtigung, wie in den §§ 121, 347 RStGB. zu erwähnen; der Gesetzgeber hat dadurch zum Ausdruck gebracht, daß ein Unterschied zwischen diesen verschiedenen Begriffen nicht vorhanden ist, da eine Begleitung oder Beaufsichtigung stets eine Bewachungspflicht in sich schließt. Nach dem Vorentwurf[2]) kommen als Täter alle diejenigen in Betracht, denen auf Grund eines Rechtsverhältnisses, eines Auftrages oder eines Amtes die Bewachung obliegt. Hierzu wird weiter ausgeführt, daß der Auftrag kein ausdrücklicher zu sein brauche. So gehöre regelmäßig hierher der Unternehmer, dem der Gefangene zur sogenannten Außenarbeit überwiesen sei, da in der Überweisung ein Auftrag enthalten sein könne. Diese Auffassung des Vorentwurfs kann ohne weiteres auch dem Entwurf von 1927 zu Grunde gelegt werden.

Es kann ohne weiteres behauptet werden, daß durch die Zusammenfassung der drei Tatbestände des Reichsstrafgesetzbuches in die Bestimmungen der §§ 156, 157 des Entwurfs eine bedeutende Vereinfachung und Klarheit eingetreten ist. Vor allem ist es zu begrüßen, daß durch die Neuregelung die Streitfrage, über das Tatbestandsmerkmal des § 347, das „Anvertrautsein", aus der Welt geschafft ist. Dagegen dürfte zu beanstanden sein, daß bei der fahrlässigen Begehung des Deliktes, die Täter, die eine Amtspflicht verletzt haben, hinsichtlich der Bestrafung denen gleichgestellt sind, die nur kraft eines Auftrages oder eines sonstigen, nicht amtlichen

1. Siehe hierzu: Wagner, Seite 90.
2. Vorentwurf Begründung, Seite 475.

Rechtsverhältnisses bei der Bewachung eines Gefangenen mitzuwirken haben. Dies stellt, da die beamtenähnliche Stellung doch eine erhöhte Verantwortung erzeugt, eine gewisse Unbilligkeit dar. Es wird daher unten, bei der Betrachtung und Gegenüberstellung des Strafmaßes im geltenden Recht und im Entwurf, nocheinmal auf diese Frage zurückzukommen sein.

§ 3.

Die Befreiungshandlungen der §§ 156, 157.

Wie wir oben gesehen haben, ist die Ausdrucksweise des Reichsstrafgesetzbuches bei der Aufzählung der verschiedenen Befreiungshandlungen eine sehr verschiedene. So spricht das Gesetz bei der vorsätzlichen Begehung des Deliktes von „Befreien" (§ 120) „zur Selbstbefreiung behilflich sein" (§ 120), „Entweichenlassen" (§ 121 Abs. 1, § 347 Abs. 1) „Befreiung befördern" (§ 121 Abs. 1 u. § 347 Abs. 1) „Befreiung bewirken" (§ 347 Abs. 1), bei der fahrlässigen Begehung von „Befördern" (§ 121 Abs. 2 und § 347 Abs. 2) und „Erleichtern" (§ 347 Abs. II) des Entweichens. Diese Kasuistik des Gesetzes ist vielfach unnötig und führt lediglich zur Verwirrung, da den verschiedenen textlichen Abweichungen zumeist gar keine Bedeutung beizumessen ist.[1])

Der Entwurf von 1927 spricht in § 156 bei der vorsätzlichen Gefangenenbefreiung vom „Befreien" und von „Erleichtern des Entweichens" eines Gefangenen, in § 157 vom „Entweichenlassen" und vom „Erleichtern des Entweichens". Er bringt somit eine bedeutende sprachliche Vereinfachung, da er nurmehr drei verschiedene Befreiungshandlungen vorsieht.

Sämtliche im Reichsstrafgesetzbuch aufgeführten vorsätzlichen Handlungen verbindet er, indem er den bestraft, der einen Gefangenen befreit oder dessen Entweichen erleichtert; der Gesetzgeber unterscheidet sonach 2 verschiedene Befreiungsarten, stellt diese aber ausdrücklich einander gleich. Es ist daher ganz ohne Belang, welche von ihnen man im einzelnen Fall als gegeben annehmen will. Unter den Tatbestand der Befreiung fallen diejenigen Fälle, bei denen der Täter allein, entweder ohne oder gegen den Willen des Gefangenen diesen dem staatlichen Haftrecht entzieht, unter den der Erleichterung des Entweichens diejenigen, wo er mit einem anderen zusammenhandelt, sei dieser nun der Gefangene selbst oder ein beliebiger Dritter. In den früheren Entwürfen (Vor-

1. Siehe hierzu oben die Ausführungen in §§ 2 und 3 I. Teil.

entwurf, Kommissionsentwurf, Entwurf von 1919) ist an Stelle des „Erleichtern" von „Befördern des Entweichens" die Rede. Der Gesetzgeber des Entwurfs von 1927 hat wohl deshalb den Ausdruck „Befördern" in „Erleichtern" abgeschwächt, um keinen Zweifel darüber aufkommen zu lassen, daß auch die im geltenden Recht als „Beihilfe zur Selbstbefreiung" bezeichnete Befreiungshandlung gleichermaßen unter den Tatbestand des Haftbruches zu subsumieren ist, wie ein „Befreien".

Die Wendung des § 120 RStGB. „zur Selbstbefreiung behilflich sein" wurde schon im Vorentwurf fallen gelassen, da sie nach dem Sprachgebrauch nur da angezeigt ist, wo zu einer strafbaren Haupttat Hilfe geleistet wird. Erleichtern des Entweichens nach dem Entwurf von 1927 deutet, wie das „Befördern" des Vorentwurfs nur ein tatsächliches Verhältnis zu dem Befreien oder Entweichen an: Das Endergebnis, nämlich das Freisein des Gefangenen, muß durch die vorsätzliche Handlung verursacht oder mitverursacht sein; ist dies der Fall, dann ist der Handelnde, und zwar als Täter strafbar. Hiermit sind auch solche Akte unter die Strafdrohung der Täterschaft gestellt, die sonst als Beihilfe erscheinen würden, und da ferner der Versuch allgemein für strafbar erklärt ist, so ergibt sich zugleich, daß die versuchte Beihilfe als verursachte Gefangenenbefreiung nicht nur möglich, sondern auch strafbar ist.[1])

Die Entwürfe haben in den Tatbestand der Gefangenenbefreiung nicht mehr die in § 120 RStGB. kasuistisch aufgezählten Formen der Hafthaltung (Befreiung aus einer Gefangenenanstalt oder aus der persönlich ausgeübten Gewalt des Hafthalters) übernommen. Wagner[2]) bemerkt mit Recht hierzu, daß eine Beschränkung oder eine verschiedene Behandlung des Tatbestandes durch diese Merkmale offenbar nicht beabsichtigt gewesen sei, da die Gefangenhaltung sich immer entweder in der Einsperrung oder in der persönlichen Bewachung durch einen anderen offenbaren werde. Jene Tatbestandsmerkmale hätten daher als überflüssig in Fortfall kommen können.

Die Ausdrücke „Entweichenlassen" und „Erleichtern" des Entweichens in § 157 sind so gewählt, daß sie alle fahrlässigen Bege-

1. Siehe hierzu: Begründung zum Vorentwurf Seite 474.
2. Seite 100.

hungsarten, die durch ein Tun oder ein Unterlassen möglich sind, in sich schließen.

Der Tatbestand des § 156 verlangt subjektiv Vorsatz, der des § 157 Fahrlässigkeit. Der Entwurf von 1927 hat in den §§ 16—19 diese Begriffe eingehend definiert. Im übrigen wird das, was oben bei der Behandlung des geltenden Rechtes ausgeführt wurde, auch hier gelten können.

Das Reichsstrafgesetzbuch weist eine bedenkliche Lücke auf, indem es den Versuch der Gefangenenbefreiung durch den nichtbeamteten Hafthalter infolge Nichterwähnens straflos läßt. Es wurde schon oben darauf hingewiesen, daß es ein unmöglicher Zustand ist, den Versuch nach § 121 straflos zu lassen, den nach § 120 aber unter Strafe zu stellen.

Der Entwurf hilft diesem Übel ab, indem er in § 156 allgemein den Versuch für strafbar erklärt. Für die Bestrafung des Versuchs nach dem Entwurf kommt § 26 in Frage. Durch die Neufassung der Tatbestände des Haftbruches, die eine „Beihilfe zur Selbstbefreiung" nicht mehr kennen, ist auch der Streit, darüber, ob der Versuch hierzu strafbar sei, erledigt.

§ 4.

Die Selbstbefreiung des Gefangenen und die Anstiftung zu seiner eigenen Befreiung. Das Ausbrechen von Gefangenen.

(§ 155.)

I. Die Selbstbefreiung des Gefangenen.

Der Entwurf von 1927 spricht ebenso wie die vorhergehenden Entwürfe nicht von der Selbstbefreiung des Gefangenen. Aus dieser Nichterwähnung geht hervor, daß er an der Straflosigkeit der Selbstbefreiung als einer „lex nata" festgehalten hat. Die verschiedenen Schriftsteller, die mit Nachdruck eine Bestrafung der Selbstbefreiung forderten, sehen also ihre diesbezüglichen Wünsche im Entwurf nicht erfüllt. Der Verfasser hat oben bei der Behandlung des geltenden Rechtes seine Ansicht über die vorliegende Frage dargelegt und kann nach seiner Auffassung die Stellungnahme des Entwurfs billigen. Die Selbstbefreiung wird also auch im kommenden Recht lediglich mit Disziplinar- und Hausstrafen durch die einzelnen Gefängnisanstalten zu ahnden sein.[1])

II. Die Teilnahme des Gefangenen an seiner Selbstbefreiung durch Anstiftung.

Zu der Streitfrage, ob der Gefangene als Anstifter zu seiner eignen Befreiung strafbar werden könne, hat der Entwurf von 1927 keine Stellung genommen. Es muß daher angenommen werden, daß er sich hierin dem Vorentwurf anschließt, der diese Frage nach den allgemeinen Vorschriften über die Teilnahme behandelt wissen will.[2])

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts, die zu einer Bestrafung des Gefangenen kommt, der an seiner eignen Befreiung durch Anstiftung hierzu teilgenommen hat, wie wir oben gesehen haben,

1. Bezüglich der Anwendung dieser siehe die Ausführung oben im I. Teil, § 4.
2. Siehe Begründung des Vorentwurfes: Seite 474 Anm. 2.

fast einhellige Mißbilligung gefunden. Es ist daher in der Literatur gefordert worden, ihr durch Aufnahme einer besonderen oder allgemeinen Vorschrift einen Riegel vorzuschieben.

So macht z. B. Hofmann[1]) den Vorschlag, man solle die Straflosigkeit der einfachen Selbstbefreiung im Gesetz ausdrücklich hervorheben und die Teilnahme des Gefangenen an seiner Befreiung für straffrei erklären.

Der Gegenentwurf sieht, mit Rücksicht auch auf verschiedene andere Fälle, in denen gewisse Personen als notwendige Teilnehmer in Frage kommen, bei der Behandlung der Teilnahme in § 35 folgende Bestimmung vor: „Ergibt sich aus dem Gesetz, daß bestimmte Personen straflos sein sollen, wenn sie sich als Gehilfen beteiligen, so sind sie auch straflos, wenn sie sich als Anstifter beteiligten."

Die vom Gegenentwurf zur Aufnahme in das Strafgesetzbuch vorgeschlagene Bestimmung deckt sich inhaltlich vollkommen mit der von M. E. Mayer[2]) aufgestellten Regel: „Bedroht das Gesetz von zwei notwendig beteiligten Personen bloß eine mit Strafe, so ist die andere straflos, selbst wenn sie mehr tut, als begrifflich notwendig ist."

Eine Lösung der Frage im Sinne des Gegenentwurfs ist meines Erachtens der Aufnahme einer besonderen, nur die Straflosigkeit der Teilnahme des Gefangenen an seiner Selbstbefreiung enthaltenden Bestimmung in das Strafgesetzbuch vorzuziehen. Denn durch eine allgemeine Vorschrift können einerseits sämtliche, ähnlich gelagerten Fälle getroffen werden, andererseits gehört eine diesbezügliche Rechtsnorm ihrem Charakter und dem System des Strafgesetzbuches entsprechend bei den Bestimmungen über die Teilnahme untergebracht.

Der Vorschlag des Verfassers geht sonach dahin, dem § 32 des Entwurfs, der im 4. Abschnitt des allgemeinen Teils unter „Teilnahme" behandelt ist und die Ueberschrift trägt: „Besondere Eigenschaften oder Verhältnisse" folgenden Zusatz als Absatz 3 hinzuzufügen:

1. Gefangenenbefreiung, Seite 63.
2. Lehrbuch, Seite 386.

„Bedroht das Gesetz von zwei notwendig beteiligten Personen bloß eine mit Strafe, so ist die andere straflos, selbst wenn sie mehr tut, als begrifflich notwendig ist."

III. Das Ausbrechen von Gefangenen.

Der Entwurf von 1927 übernimmt in den §§ 154, 155 in den Grundzügen die Bestimmungen des geltenden Rechtes über Meuterei, jedoch mit dem Unterschiede, daß der Tatbestand des § 122 Abs. 2 RStGB. in einer neu geschaffenen Bestimmung eine gesonderte Regelung erfahren hat. Das gemeinsame Ausbrechen von Gefangenen ist im Entwurf von der Meuterei des § 154, die im wesentlichen als ein reines Widerstandsdelikt betrachtet wird, losgelöst und wird als eine besondere, erschwerte Form des Haftbruches behandelt. Auch die Überschriften der beiden Paragraphen lassen den Unterschied, den der Gesetzgeber hier machte, erkennen. Die Überschrift des § 154 lautet: „Gefangenenmeuterei", die des § 155: „Ausbrechen von Gefangenen".

Der § 154 des Entwurfs interessiert uns an dieser Stelle nicht. Dagegen soll kurz auf den § 155 eingegangen werden. Er lautet:

„Gefangene, die mit vereinten Kräften ausbrechen, werden mit Gefängnis nicht unter 3 Monaten bestraft.

Der Versuch ist strafbar.

Die Rädelsführer werden mit Zuchthaus bis zu 5 Jahren bestraft."

Das Erfordernis des Zusammenrottens ist im gesetzlichen Tatbestand nicht besonders erwähnt, muß jedoch, als aus der Natur des Deliktes hervorgehend, angenommen werden. Ebenso brauchte das Merkmal der Gewaltanwendung nicht besonders hervorgehoben werden, da ein Ausbruch stets eine Gewaltanwendung voraussetzt.[1])

Im übrigen kann für den § 155 des Entwurfs das gelten, was oben inbezug auf den § 122 Abs. 2 RStGB. ausgeführt wurde.

1. Siehe hierzu: Entwurf eines allgemeinen Strafgesetzbuchs von 1927. Begründung zu § 155, Seite 85.

§ 5.

Das Strafmaß des Entwurfs im Verhältnis zum Reichsstrafgesetzbuch.

R.St.G.B.	Entwurf von 1927.
Vorsätzlicher Haftbruch:	
§§ 120, 121 Abs. 1 1 Tag — 3 Jahre Gefängnis § 347 Abs. 1 1—5 Jahre Zuchthaus Mildernde Umstände 1 Monat — 5 Jahre Gefängnis	§ 156 1 Tag — 3 Jahre Gefängnis § 156 Abs. 3 1—5 Jahre Zuchthaus. Beim Vorliegen des Tatbstands des § 159 1 Tag — 2 Jahre Gefängnis oder Geldstrafe.
Fahrlässiger Haftbruch:	
§ 121 Abs. 9. 1 Tag — 3 Monate Gefängnis oder: 3—300 Geldstrafe § 347 Abs. 2 1 Tag — 6 Monate Gefängnis oder: 3—600 Geldstrafe	§ 157 1 Tag — 6 Monate Gefängnis oder Geldstrafe.

Bei der Betrachtung der aufgestellten Tabelle ergibt sich, daß der Entwurf von 1927 im wesentlichen die selben Strafrahmen vorsieht, wie das geltende Recht.[1])

Wie schon oben[2]) festgestellt wurde, muß es als eine Un-

1. Siehe im Gegensatz hierzu den V.E., der größere Abweichungen hinsichtlich des Strafmaßes vom RStGB. aufweist.
2. Siehe II. Teil: § 2.

billigkeit des Gesetzgebers empfunden werden, daß er bei der fahrlässigen Gefangenenbefreiung (§ 157) nur eine einheitliche Strafdrohung aufgestellt hat, die in gleicher Weise für Hafthalter, die eine Amtspflicht verletzt haben und für solche, bei denen dies nicht der Fall ist, gilt, obwohl die Beamtenstellung des Täters doch eine erhöhte Verantwortung nach sich zieht.[1]) Es wäre meines Erachtens besser die Strafdrohung des § 157 auf 3 Monate Gefängnis herabzusetzen und folgenden Zusatz, als Absatz 2, aufzunehmen: „Handelt der Täter in oder bei Ausübung eines Amtes, so ist er mit Gefängnisstrafe bis zu 6 Monaten oder mit Geldstrafe zu bestrafen". Wenn auch Wagner[2]) nicht zu Unrecht darauf hinweist, daß dieser Mangel des Entwurfes bei näherer Betrachtung des aufgestellten Strafrahmens keine große praktische Bedeutung habe, so kann er doch in einzelnen Fällen zu unbilligen Härten führen. Deshalb ist auch eine Verbesserung im obigen Sinne angezeigt.

Für die Bemessung des Strafmaßes im Entwurf kommen noch die §§ 74 ff. in Frage. Der Entwurf von 1927 geht in Übereinstimmung mit dem Entwurf von 1919 und mit der Reichsratsvorlage von der Auffassung aus, daß mildernde Umstände bei jedem Delikt in Frage kommen können und daß es sich empfiehlt, die Möglichkeit der Annahme mildernder Umstände und die Wirkungen dieser Annahme einheitlich festzulegen.[3]) Demgemäß bestimmt § 74, daß das Gericht die Strafe nach § 73 auch dann mildern könne, wenn bei Abwägung der Strafbemessungsgründe die für eine milde Strafe sprechenden Umstände beträchtlich überwiegen. Die Folge dieser Bestimmung ist, daß auch in jenen Fällen, in denen das anzuwendende Gesetz selbst keine mildernden Umstände vorsieht, diese nunmehr nach § 74 gewährt werden können. Dadurch können auch die Strafminima, die sich oft als Hindernis für ein richtiges Ausmaß der Strafe erwiesen haben, bei Annahme von mildernden Umständen in Wegfall kommen.[4])

Eine Milderung der Strafe kann nach § 73 Satz 4 auch inso-

1. Das RStGB. weist bezüglich der §§ 120, 121 Abs. 1 ebenfalls im Verhältnis zueinander ungerechte Strafdrohungen auf.
2. Seite 104.
3. So: Entwurf eines Allgem. Dtsch. StGB. v. 1927, Begründung S. 56
4. Siehe hierzu: Wagner, Seite 105.

fern eintreten, als das Gericht an Stelle einer verwirkten Freiheitsstrafe von höchstens 3 Monaten auf Geldstrafe erkennen kann, wenn der Strafzweck durch eine Geldstrafe erreicht werden kann.

Einige ausländische Gesetzbücher[1]) lassen bei Rückkehr des Gefangenen oder dessen Wiedereinlieferung durch den Täter innerhalb einer bestimmten Frist Straffreiheit oder eine Strafmilderung eintreten. In der Begründung des Vorentwurfs[2]) wird hierzu bemerkt: „Der Entwurf konnte eine solche Vorschrift nicht aufnehmen. Der Umstand, daß der Gefangene nicht lange in Freiheit bleibt, kann bei der Strafzumessung ausreichend berücksichtigt werden, falls Veranlassung dazu vorliegt, was durchaus nicht immer der Fall zu sein braucht."

Aus dem gleichen Grunde war daher auch kein Anlaß gegeben, die Strafe für den Fall zu mildern, wo die Tat zu Gunsten eines Angehörigen begangen wurde.[2])

1. So z.B. : code pénal Art. 247; Italienisches St.G.B. Art. 231 und 233.
2. Seite 475.
3. Ähnlich: Wagner, Seite 106.

Schlußbetrachtung.

Bei der Behandlung der Gefangenenbefreiung nach dem geltenden Recht hat der Verfasser der Materie vor allem da erhöhte Aufmerksamkeit geschenkt, wo die Regelung des Reichsstrafgesetzbuches Mängel aufweist und reformbedürftig ist. Bei der Gegenüberstellung des Entwurfs im II. Teil wurde deshalb ein besonderes Augenmerk darauf gerichtet, ob und inwiefern die Bestimmungen des Entwurfs den aufgetauchten Mängeln abzuhelfen versuchen und eine Verbesserung des geltenden Rechtes darstellen. Wo nach der Ansicht des Verfassers der Entwurf nicht den gehegten Erwartungen und Wünschen nachgekommen ist, hat er sich bemüht, selbst positive Vorschläge zu machen.

Am Schluße dieser Abhandlung seien kurz noch einmal die Ergebnisse der Betrachtungen zusammengefaßt.

Sowohl im geltenden Recht als auch im Entwurf von 1927 ist als das durch die Gefangenenbefreiung verletzte Gut das Haftrecht des Staates anzusehen. Der Entwurf legt, wie aus der Bestimmung des § 153 hervorgeht, auf den Schutz dieses Rechtes einen viel größeren Nachdruck als das Reichsstrafgesetzbuch.

§ 153.

Aufwiegelung von Polizeibeamten und Gefangenenaufsehern. „Wer einen Polizeibeamten oder einen mit der Beaufsichtigung von Gefangenen Beauftragten zu verleiten sucht, Vorschriften oder Anordnungen in Dienstsachen nicht zu befolgen, wird mit Gefängnis bestraft."

Der Entwurf sieht schon in einer „bloßen Gefährdung" des staatlichen Haftrechtes, denn als solche ist die Handlung des § 153 aufzufassen, eine strafenswerte Handlung. Er hat seine Stellungnahme hierzu folgendermaßen begründet:[1]) „Der Versuch, die Polizeibeamten und auch die Gefängnisbeamten ihren Pflichten abwendig zu machen, ist besonders gefährlich. Es ist ein Gebot der Selbst-

1. Begründung zum Entwurf von 1927, Seite 84.

erhaltung, wenn der Staat solchen Umtrieben mit einer Strafdrohung entgegentritt. Die allgemeinen Bestimmungen gegen Bestechung (§ 124 Abs. 2) reichen hierzu nicht aus, weil sie nur dann eingreifen, wenn dem Amtsträger ein Entgelt für eine Pflichtverletzung gewährt oder in Aussicht gestellt wird."

Die Handlung des § 153 kann sich übrigens als eine Anstiftung zur Gefangenenbefreiung darstellen und dann in Konkurrenz treten zu den Bestimmungen der §§ 156, 157.[1])

Der Entwurf hat es vermieden die Frage, wer als Gefangener anzusehen sei, durch Aufstellung einer abstrakten Begriffsbestimmung zu lösen. Meines Erachtens wäre eine derartige Regelung auch gar nicht empfehlenswert gewesen, weil durch Schaffung eines engen und starren Gefangenenbegriffes die Handhabung des Gesetzes nur erschwert würde. Die Regelung in den §§ 158, 159 kann, wie wir oben schon festgestellt haben, als eine gut gelungene Reform bezeichnet werden.

Die Buntscheckigkeit der Ausdrucksweise[2]) des Reichsstrafgesetzbuches bei der Aufstellung der einzelnen Tatbestände des Haftbruches ist im Entwurf durch klare und deutliche Fassung ausgemerzt worden, so daß künftig, was die Täterschaft und die Handlungen der Delikte der Gefangenenbefreiung betrifft, keine großen Zweifel mehr entstehen können.

Was der Verfasser bezüglich der Festsetzung des Strafmaßes in § 157 des Entwurfs ausgeführt hat, fällt nicht allzusehr ins Gewicht. Dagegen erscheint die Materie der Gefangenenbefreiung solange unzulänglich geregelt, als nicht die Teilnahme des Gefangenen an seiner eignen Befreiung im Gesetz eine befriedigende Lösung gefunden hat.

1. Wenn in der Handlung des § 153 zugleich eine Anstiftung zur Gefangenenbefreiung enthalten ist, steht diese in Tateinheit zu dem Vergehen nach § 153.
2. So: M. E. Mayer, Gefangenenbefreiung, Seite 27.